

06.017

**Message
concernant la loi fédérale sur l’Autorité fédérale
de surveillance des marchés financiers
(LAUFIN)**

du 1^{er} février 2006

Messieurs les Présidents,
Mesdames et Messieurs,

Par le présent message, nous vous soumettons un projet de loi fédérale sur l’Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers en vous proposant de l’approuver.

Par ailleurs, nous vous proposons de classer l’intervention parlementaire suivante:

2000 P 98.3480 Banques exerçant une activité sur le plan international.
Prescription concernant les fonds propres (N 24.3.00, Strahm)

Nous vous prions d’agréer, Messieurs les Présidents, Mesdames et Messieurs, l’assurance de notre haute considération.

1^{er} février 2006

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Moritz Leuenberger
La chancelière de la Confédération, Annemarie Huber-Hotz

Condensé

Le but du présent projet de loi est de regrouper les organes fédéraux de surveillance des banques, des entreprises d'assurance et des autres intermédiaires financiers au sein d'une seule autorité de surveillance. Les trois autorités que sont la Commission fédérale des banques, l'Office fédéral des assurances privées et l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent seront réunies sous la désignation d'«Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (AUFIN)». Face à l'évolution des marchés financiers et à la complexité croissante de leur surveillance, le cadre institutionnel des organes de surveillance a également dû être adapté. La création d'une autorité intégrée découle de ces mutations et constitue une nouvelle approche organisationnelle dont l'objectif est de renforcer la surveillance suisse des marchés financiers et de donner à cette autorité plus de poids en tant qu'interlocuteur sur la scène internationale.

L'AUFIN sera un établissement de droit public. Elle sera indépendante sur le plan institutionnel, opérationnel et financier. Elle sera aussi dotée de structures de gestion modernes comprenant un conseil d'administration, une direction et un organe de révision. L'indépendance de l'AUFIN s'accompagnera cependant d'une obligation de rendre compte et de l'assujettissement à la haute surveillance politique par la Confédération.

Le projet de loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LAUFIN) règle non seulement les questions d'organisation mais énonce aussi les principes déterminant son activité de réglementation; il fixe en outre les règles en matière de responsabilité, harmonise les instruments de surveillance et prévoit des sanctions. Dans une certaine mesure, la LAUFIN revêt ainsi la fonction de loi faîtière des différentes lois régissant la surveillance des marchés financiers. La mission légale de l'autorité de surveillance reste la même et les particularités propres à chaque domaine de surveillance sont prises en compte. Les banques devront continuer de se conformer aux exigences de la loi sur les banques, les entreprises d'assurance à celle de la loi sur la surveillance des assurances et les fonds de placement à celles de la loi sur les fonds de placement. Le système d'autorégulation prévu par la loi sur le blanchiment d'argent et par la loi sur les bourses sera également maintenu.

L'organisation des autorités chargées de la surveillance des offres publiques d'acquisition (OPA) est aussi adaptée. Ces ajustements s'imposent en raison de la révision de l'organisation judiciaire fédérale qui se traduit par quatre niveaux dans les voies de recours en matière d'OPA. Des voies de droit aussi longues auraient eu pour effet de bloquer, voire de faire échouer les transactions de reprise. La réforme des compétences des différentes autorités impliquées permettra d'éviter ces inconvénients.

Table des matières

Condensé	2742
1 Présentation de l'objet	2745
1.1 Contexte	2745
1.2 Création d'une autorité intégrée de surveillance des marchés financiers	2746
1.2.1 Raisons justifiant le regroupement des autorités de surveillance actuelles	2746
1.2.2 Surveillance des marchés financiers fondée sur l'indépendance institutionnelle et l'autonomie fonctionnelle et financière de l'autorité	2748
1.2.3 Statut d'établissement de droit public	2749
1.2.4 Structure de conduite moderne de l'AUFIN, tenant compte des domaines assujettis à la surveillance	2752
1.2.5 Obligation de l'AUFIN de rendre des comptes et pilotage par la Confédération	2753
1.2.6 Principes de réglementation des marchés financiers	2754
1.2.7 Coûts et financement de l'autorité de surveillance	2755
1.2.8 Personnel	2756
1.2.9 Limitation de la responsabilité de l'AUFIN et de la Confédération	2756
1.2.10 Harmonisation des instruments de surveillance	2758
1.2.11 Conditions de collaboration avec les autorités suisses	2759
1.2.12 Disposition harmonisée relative à la collaboration avec les autorités étrangères de surveillance des marchés financiers	2760
1.2.13 Renforcement, harmonisation et consolidation des sanctions	2760
1.2.14 Réorganisation des compétences en matière de contrôle des OPA	2761
1.3 Résultats de la procédure préalable	2762
1.3.1 Travaux préparatoires	2762
1.3.2 Grandes lignes des projets destinés à la consultation	2763
1.3.3 Consultations	2764
1.3.3.1 Consultation sur le 1er rapport partiel «Surveillance intégrée des marchés financiers»	2764
1.3.3.2 Consultation sur le 2 ^e rapport partiel «Sanctions dans la surveillance des marchés financiers»	2765
1.3.4 Modification des projets mis en consultation	2765
1.4 Droit comparé et rapports avec le droit européen	2766
1.5 Mise en œuvre	2768
1.6 Classement d'interventions parlementaires	2769
1.6.1 Postulat 98.3480/Banques exerçant une activité sur le plan international. Prescription concernant les fonds propres	2769
2 Commentaire des articles	2769
2.1 Section 1 Dispositions générales	2769
2.2 Chapitre 2 Organisation	2774
2.2.1 Section 1 Organes et personnel	2774
2.2.2 Section 2 Financement et budget	2780
2.2.3 Section 3 Indépendance et surveillance	2785

2.2.4 Section 4 Information du public et traitement des données	2786
2.3 Chapitre 3 Instruments de surveillance	2788
2.3.1 Section 1 Audit	2788
2.3.2 Section 2 Autres moyens de surveillance	2792
2.3.3 Section 3 Collaboration avec les autorités suisses	2797
2.3.4 Section 4 Collaboration avec les autorités étrangères de surveillance des marchés financiers	2798
2.4 Chapitre 4 Dispositions pénales	2799
2.5 Chapitre 5 Procédure et voies de recours	2804
2.6 Chapitre 6 Dispositions finales	2804
2.6.1 Section 1 Exécution	2804
2.6.2 Section 3 Dispositions transitoires	2805
2.7 Modification du droit en vigueur	2807
2.7.1 Loi du 17 décembre 2004 sur la transparence	2807
2.7.2 Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative	2807
2.7.3 Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral	2807
2.7.4 Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral	2808
2.7.5 Loi fédérale du 4 octobre 2002 sur le Tribunal pénal fédéral	2808
2.7.6 Loi du 25 juin 1930 sur l'émission de lettres de gage	2808
2.7.7 Loi du 28 juin 1967 sur le Contrôle des finances	2809
2.7.8 Loi fédérale du 18 mars 1994 sur les fonds de placement	2810
2.7.9 Loi du 8 novembre 1934 sur les banques	2811
2.7.10 Loi du 24 mars 1995 sur les bourses	2814
2.7.11 Loi du 10 octobre 1997 sur le blanchiment d'argent	2819
2.7.12 Loi du 17 décembre 2004 sur la surveillance des assurances	2823
3 Conséquences	2825
3.1 Conséquences pour la Confédération	2825
3.2 Conséquences pour les cantons	2825
3.3 Conséquences économiques	2826
4 Lien avec le programme de la législature et le plan financier	2826
5 Aspects juridiques	2827
5.1 Constitutionnalité et conformité aux lois	2827
5.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse	2827
5.3 Frein aux dépenses	2827
5.4 Délégation de compétences législatives	2827
Loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (<i>Projet</i>)	2829

Message

1 Présentation de l'objet

1.1 Contexte

Le secteur financier est l'un des piliers centraux de l'économie suisse. Les banques, les compagnies d'assurance et les autres intermédiaires financiers créent près du septième du produit intérieur brut, emploient presque 6 % de la population active et génèrent environ 10 % du produit total de l'impôt¹. La place financière suisse a des rapports très étroits avec l'étranger. La Suisse est par exemple l'un des acteurs majeurs du marché de la gestion de fortune transfrontalière. Le secteur financier contribue ainsi à hauteur d'un quart à l'excédent commercial de notre pays.

Or, l'une des conditions essentielles du bon fonctionnement du secteur financier est que la surveillance des marchés soit adéquate et efficace. L'intérêt public au respect de cette condition est éminent car l'intermédiation financière est un rouage essentiel de l'économie. L'histoire illustre d'ailleurs de façon saisissante comment la défaillance d'une banque ou d'une compagnie d'assurances peut avoir des conséquences graves pour les créanciers ou pour les assurés, qui sont souvent nombreux, et pour l'économie. La surveillance des marchés financiers a donc pour mission de réduire la probabilité et les effets négatifs de défaillances d'établissements financiers. Aujourd'hui d'ailleurs, la nécessité d'une réglementation et d'une surveillance étatiques du secteur financier n'est généralement pas contestée, à la condition toutefois que les autorités de surveillance obtiennent des résultats tangibles, sans générer de coûts inutiles pour les prestataires et pour les destinataires de services financiers.

En Suisse, la surveillance des marchés financiers est actuellement exercée par la Commission fédérale des banques (CFB) et l'Office fédéral des assurances privées (OFAP), pour l'essentiel. La CFB a été instituée en 1935, dans le contexte de la crise bancaire des années trente, en tant qu'autorité de surveillance du secteur bancaire par la loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (loi sur les banques, LB; RS 952.0)². Elle exerce aussi la surveillance des fonds de placement depuis 1966, qui est aujourd'hui réglementée par la loi fédérale du 18 mars 1994 sur les fonds de placement (LFP; RS 951.31). Elle surveille en outre les bourses et les négociants en valeurs mobilières depuis l'entrée en vigueur de la loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (loi sur les bourses, LBVM; RS 954.1). C'est aussi à la CFB qu'incombe la surveillance prévue par la loi du 25 juin 1930 sur l'émission de lettres de gage (LLG; RS 211.423.4). Plus ancienne que la surveillance bancaire, la surveillance des assurances privées trouve ses sources dans la Constitution fédérale du 29 mai 1874 déjà. La plus importante base légale régissant actuellement l'activité de surveillance de l'OFAP est la nouvelle loi fédérale du 17 décembre 2004 sur la surveillance des entreprises d'assurance (loi sur la surveillance des assurances, LSA; RS 961.01). La surveillance en matière de lutte contre le blanchiment d'argent incombe également à

¹ Département fédéral des finances: Chiffres-clés relatifs à la place financière suisse, octobre 2005.

² Bänziger Hugo, Vom Sparschutz zum Gläubigerschutz – Die Entstehung des Bankengesetzes im Jahre 1934, in: Commission fédérale des banques (éd.), 50 ans de surveillance fédérale des banques, Zurich 1985, p. 3 ss.

la CFB et à l'OFAP, pour les établissements dont ils ont la responsabilité. Quant aux autres intermédiaires financiers, ils sont soumis depuis 1997 à la surveillance de l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (Autorité de contrôle LBA), qui a été créée par la loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier (loi sur le blanchiment d'argent, LBA; RS 955.0). D'autres institutions comme la Commission des OPA (COPA), la Banque nationale suisse (BNS) ou la Commission fédérale des maisons de jeu (CFMJ) assument des tâches de surveillance aux côtés de la CFB, de l'OFAP et de l'Autorité de contrôle LBA, mais avec un champ d'application matériel et personnel étroitement délimités. Les organismes d'autorégulation (OAR) jouent aussi un rôle important dans de nombreux domaines, mais le présent projet n'a pas d'effet sur leurs tâches et compétences.

1.2 Création d'une autorité intégrée de surveillance des marchés financiers

1.2.1 Raisons justifiant le regroupement des autorités de surveillance actuelles

Pour conserver sa place sur le marché international de la finance, la Suisse doit se doter d'une surveillance des marchés financiers forte, capable d'exploiter de façon optimale les compétences accumulées au fil du temps. Depuis quelques années, les marchés financiers évoluent à une vitesse vertigineuse et placent la Suisse devant des défis toujours plus grands en matière de surveillance. Il serait donc judicieux de regrouper toutes les capacités et les savoir-faire disponibles pour faire face à ces exigences croissantes.

Le présent projet de loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LAUFIN) a pour but d'optimiser les conditions générales de la surveillance des marchés financiers en Suisse. La LAUFIN regroupe les autorités de surveillance aujourd'hui distinctes, à savoir la CFB, l'OFAP et l'Autorité de contrôle LBA, au sein d'un établissement de droit public autonome nommé «Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (AUFIN)». Elle uniformise aussi la plus grande partie des instruments utilisés dans le cadre de la surveillance des marchés financiers. Les principes énoncés dans cette loi ouvrent la voie à une nouvelle conception de la réglementation des marchés financiers.

La surveillance des marchés financiers ressortira renforcée du regroupement des trois autorités de surveillance au sein de l'AUFIN, dont la solidité et l'efficacité seront une garantie de qualité. L'AUFIN renforcera la confiance des clients dans l'intégrité de notre place financière et pourra améliorer sa réputation à l'étranger. L'intégration des autorités de surveillance dégagera des synergies tout en garantissant un niveau élevé de professionnalisme. La nouvelle autorité remplit des conditions essentielles qui lui permettront, encore mieux que les autorités actuelles, d'être reconnue par les autorités étrangères comme un partenaire et un interlocuteur de même niveau. Elle aura ainsi la possibilité de bénéficier d'une position optimale sur la scène internationale, ce qui est aussi dans l'intérêt des assujettis à la surveillance.

La création de l'AUFIN se traduit par une gestion administrative plus efficace et moins coûteuse, ce qui améliore le rapport qualité-prix de la surveillance. Une surveillance intégrée des marchés financiers prévient les chevauchements, réduisant

ainsi les dépenses administratives. Elle permet une approche globale de la réglementation des marchés financiers et favorise un traitement cohérent du point de vue du droit de la surveillance des états de fait semblables ou comparables.

Une surveillance intégrée cohérente est déjà une réalité pour la CFB dont le champ de compétences s'étend aux banques, aux fonds de placement et aux bourses, mais aussi aux négociants en valeurs mobilières, au marché des lettres de gage, à la publicité des participations et aux OPA. Le législateur a confié la surveillance des fonds de placement à la CFB, en plus de la surveillance bancaire, en 1966 déjà. La loi sur les bourses de 1995 a franchi un pas supplémentaire vers une autorité intégrée en attribuant à la CFB la surveillance des établissements et du marché, rompant ainsi avec une pratique courante sur le plan international, selon laquelle ces deux tâches incombaient à des autorités distinctes.

Le regroupement des autorités de surveillance générera des synergies, notamment dans la lutte contre le blanchiment d'argent, dans l'évaluation de risques commerciaux identiques ou analogues et dans l'évaluation de la capacité des établissements financiers à supporter les risques. D'autres synergies pourront aussi être exploitées en matière de surveillance des instruments de placement, de procédure administrative, ainsi que d'exécution et d'application des sanctions. On peut en outre tabler sur des synergies au niveau de l'exécution de tâches internationales, des ressources humaines, de la gestion des connaissances, de la logistique (p.ex. informatique) et de la communication.

La conception moderne de la surveillance des marchés financiers repose sur une approche consolidée, selon laquelle chaque établissement financier est considéré comme une entité économique. La Suisse compte actuellement cinq conglomerats financiers³. Ce vocable désigne un regroupement d'entreprises du secteur financier, actives dans des domaines distincts et proposant une gamme de services financiers diversifiée, généralement qualifiée de «bancassurance»⁴. La nouvelle loi sur la surveillance des assurances a défini les bases matérielles de la surveillance consolidée des conglomerats financiers. La LAUFIN fixe un cadre institutionnel afin de simplifier autant que faire se peut la coordination de la surveillance des conglomerats.

La surveillance des marchés financiers ne doit pas brider l'innovation. Elle doit être capable de réagir à l'évolution des marchés. Ces vingt dernières années, les structures des marchés financiers se sont transformées rapidement et durablement, gommant progressivement les frontières entre les différents types d'opérations financières. Les établissements financiers tentent de dégager plus de synergies. Banques et assurances développent ainsi des produits de placement et d'assurance à long terme qui se situent à la limite entre les différentes branches du secteur financier. Il existe un potentiel de marché pour les services financiers intégrés, par exemple en matière de vente de produits financiers de natures diverses par des distributeurs indépendants⁵.

³ Rapport annuel 2004 de l'OFAP, p. 14.

⁴ Cf. notion allemande de Allfinanz; Boemle Max/Gsell Max, Geld-, Bank- und Finanzmarkt-Lexikon der Schweiz, Zurich 2002, p. 442.

⁵ Bernet Beat, Wie tot ist die Allfinanz?, Student Business Review, 4/2003, p. 19 ss; Deutsche Bundesbank, Die Aufsicht über Finanzkonglomerate in Deutschland, rapport mensuel d'avril 2005, p. 40 ss.

Une autorité intégrée de surveillance des marchés financiers contribue à soutenir les efforts visant une intégration des services financiers, ou à tout le moins à ne pas empêcher une telle intégration. Elle traite de manière uniforme les interfaces des différentes branches du secteur, selon le principe «même activité, mêmes risques, mêmes règles (same business, same risks, same rules)». Cela permet aussi de déceler et de prévenir la pratique de l'arbitrage réglementaire, autrement dit la mise à profit des différences dans les réglementations régissant les différentes branches du secteur financier.

Le regroupement des différentes autorités de surveillance des marchés financiers élargit l'éventail des tâches à accomplir, accroissant ainsi les possibilités de développement professionnel au sein de l'autorité. Cela devrait faciliter le recrutement et la fidélisation de personnel qualifié, d'où une amélioration de l'efficacité de la surveillance.

1.2.2 Surveillance des marchés financiers fondée sur l'indépendance institutionnelle et l'autonomie fonctionnelle et financière de l'autorité

Les structures organisationnelles actuelles constituent déjà un cadre adéquat pour le fonctionnement de la surveillance des marchés financiers. La nouvelle forme organisationnelle proposée, à savoir un établissement de droit public, améliore toutefois les structures étatiques. Cette forme d'organisation réputée performante est appropriée pour mettre en place une surveillance des marchés financiers professionnalisée, proche du marché et de haut niveau. L'intégration des autorités de surveillance des marchés financiers n'est pas porteuse d'avantages en soi. Il faut aussi que les conditions essentielles d'une surveillance efficace soient remplies:

- Pour exercer ses obligations légales de manière appropriée, l'Autorité de surveillance des marchés financiers doit jouir d'une autonomie fonctionnelle vis-à-vis du pouvoir politique. A défaut, les mesures de surveillance risquent d'être influencées par des facteurs extérieurs, ce qui n'est pas souhaitable. En ce sens, la position de l'Autorité de surveillance des marchés financiers est assez comparable à celle d'une autorité judiciaire.
- L'organisation de l'Autorité de surveillance des marchés financiers doit répondre aux principes généraux de simplicité, de transparence et de clarté qui sont seuls garants de prestations efficaces et à moindre coût. L'institution aura ainsi plus de chance d'imposer ses vues au sein du triangle sensible Etat-marché financier-surveillance.
- La capacité d'action de l'Autorité de surveillance des marchés financiers dépend étroitement du degré d'indépendance dont elle jouit sur le plan institutionnel. Sa propre personnalité juridique et des compétences en matière de réglementation et d'organisation lui permettent de répondre adéquatement à des besoins spécifiques. Le législateur doit décider de quelle manière il entend opérer la séparation institutionnelle entre la surveillance des marchés financiers et l'administration fédérale. Plusieurs statuts juridiques sont envisageables (cf. ch. 1.2.3).

- A l’instar des autres autorités, l’Autorité de surveillance des marchés financiers doit disposer de ressources humaines et financières suffisantes. Elle doit notamment avoir la possibilité de recruter du personnel performant et hautement qualifié. Pour pouvoir remplir ses fonctions correctement, elle doit être en mesure de réagir aux changements rapidement et autant que possible de façon autonome.

Les conditions précitées, qui garantissent la qualité de la surveillance des marchés financiers exercée par la nouvelle autorité, sont étroitement liées. En effet, l’autonomie opérationnelle, par exemple, ne signifie pas grand-chose si elle ne va pas de pair avec l’indépendance institutionnelle et avec la possibilité de disposer des ressources. Si l’Autorité de surveillance des marchés financiers n’est pas un employeur suffisamment attrayant, ses compétences et par conséquent son indépendance en souffriront.

Les normes internationales qui régissent le droit des marchés financiers exigent aussi une autonomie fonctionnelle et des ressources adéquates afin de garantir une surveillance efficace des marchés financiers⁶. En 2001, la Suisse a été l’un des premiers pays industrialisés soumis au programme d’évaluation du secteur financier (PESF) mené par le Fonds monétaire international (FMI). Ce programme (Financial Sector Assessment Program, FSAP) examine entre autres le respect des normes internationales dans le domaine financier et sert à identifier les faiblesses potentielles du système financier des Etats contrôlés. Le FMI a émis une appréciation globalement positive⁷, en signalant toutefois que si la CFB exerce ses fonctions de surveillance de manière indépendante, elle n’est pas autonome financièrement. Or, la qualité de la surveillance dépend en premier lieu de l’indépendance administrative de l’autorité compétente et de son autonomie financière.

En conclusion, pour pouvoir exercer ses fonctions correctement, l’Autorité de surveillance des marchés financiers doit disposer d’une marge de manœuvre aussi large que possible sur le plan fonctionnel et institutionnel, ainsi qu’en matière de ressources humaines et financières. Par ailleurs, son organisation doit être simple, transparente et claire.

1.2.3 Statut d’établissement de droit public

La question de savoir quelle forme d’organisation répond le mieux aux exigences précitées se pose. Un établissement de droit public, tel qu’un office fédéral, une commission décisionnelle, ou une société anonyme fondée sur une loi spéciale ou une société anonyme de droit public, entre en ligne de compte.

⁶ Comité de Bâle sur le contrôle bancaire: Principes fondamentaux pour un contrôle bancaire efficace, Principe n° 1; Association internationale des contrôleurs d’assurance (AICA): Principes de base en matière d’assurance (PBA 3); Organisation internationale des commissions de valeurs (OICV), Objectives and Principles of Securities Regulation, 6.1 Principes relatifs au régulateur.

⁷ FMI: Country Report No. 02/108, Switzerland: Financial System Stability Assessment, including Reports on the Observance of Standards and Codes on the following topics: Banking Supervision, Securities Regulation, Insurance Regulation, Payment Systems, and Monetary and Financial Policy Transparency (publié le 13 mai 2002).

- Lorsqu’une autorité fait partie intégrante de l’administration centrale, son statut juridique est en général celui d’un *office fédéral*. Les offices fédéraux sont les unités administratives chargées du traitement des dossiers. Ils préparent et formulent des projets politiques et fournissent des prestations de pilotage internes. Institutionnellement et financièrement, un office fédéral est cependant intégré dans l’administration fédérale et il doit se conformer aux directives émanant des services supérieurs. Il n’a donc aucune autonomie fonctionnelle. Il est intégralement soumis à la législation sur les finances de la Confédération et n’a pas de personnalité juridique propre. Il ne peut agir et conclure de contrats qu’au nom de la Confédération. En matière d’attribution des ressources humaines et financières, les offices fédéraux dépendent des décisions du Conseil fédéral et des Chambres fédérales.

L’autorité de surveillance des assurances privées, l’OFAP est un office fédéral. Il est subordonné au Département fédéral des finances (DFF) et doit appliquer les directives émanant des services supérieurs. Du fait des structures hiérarchiques de l’administration, l’OFAP est confronté à un problème permanent au niveau des ressources humaines. Il lui est en effet très difficile d’avoir suffisamment de collaborateurs à même de répondre aux exigences croissantes liées à la professionnalisation et à l’internationalisation de la surveillance des assurances. Une autre difficulté réside dans le recrutement de spécialistes hautement qualifiés dans les différentes branches. L’exemple de l’OFAP montre que les conditions requises pour exercer la surveillance des marchés financiers ne sont pas remplies par un office fédéral intégré dans l’administration centrale. Cette forme d’organisation est inappropriée notamment parce que l’autorité de surveillance des marchés financiers devrait être autonome, tant sur le plan fonctionnel que financier.

Pour la surveillance des marchés financiers, il est préférable que les organes compétents soient séparés de l’administration fédérale et qu’ils bénéficient d’une grande autonomie. L’externalisation se justifie principalement par l’indépendance sur le plan technique et vis-à-vis de toute directive extérieure, dont cette autorité doit jouir. Les unités administratives décentralisées et séparées de l’administration peuvent revêtir la forme d’une commission décisionnelle, d’une société anonyme de droit privé ou de droit public ou encore d’un établissement autonome de droit public. L’exemple de la CFB montre toutefois qu’une *commission décisionnelle* ne satisfait pas idéalement à toutes les conditions requises pour remplir les tâches de surveillance des marchés financiers:

- La CFB fait partie de l’administration fédérale décentralisée et elle n’est pas soumise aux directives du Conseil fédéral. Néanmoins, la commission et son secrétariat ne sont pas suffisamment indépendants vis-à-vis du Conseil fédéral et de l’administration en matière de ressources. En effet, à l’instar des autres unités de l’administration fédérale, la CFB et son secrétariat sont soumis à la législation sur le personnel et les finances de la Confédération. L’aval du département compétent est par exemple nécessaire pour les rémunérations et la classification des fonctions. En l’espèce, le DFF doit se conformer à la politique du personnel applicable à l’ensemble de l’administration fédérale. Par ailleurs, les taxes et émoluments de surveillance ainsi que les charges des commissions décisionnelles sont affectés au budget de la Confédération. Le budget des dépenses de biens et services des commissions décisionnelles, notamment dans le domaine informatique, est ainsi élaboré

par le DFF. Par conséquent, malgré son indépendance vis-à-vis de directives extérieures, une commission décisionnelle ne jouit que d'une autonomie très restreinte sur les plans institutionnel et financier. Elle ne satisfait donc pas entièrement aux conditions requises pour pouvoir exercer la surveillance des marchés financiers efficacement et en toute indépendance.

Il est d'autant plus aisé de justifier l'autonomie d'une autorité externalisée, tant sur le plan de l'administration que des ressources, si cette autorité s'autofinance par le biais de taxes et d'émoluments. Il en va déjà ainsi de la CFB, de l'OFAP et de l'Autorité de contrôle LBA, et il en ira également ainsi de la future autorité intégrée de surveillance.

Les sociétés anonymes de droit public et de droit privé garantissent une autonomie tant administrative que financière, mais ces formes d'organisation ne conviennent pas pour exercer la surveillance des marchés financiers.

- Une *société fondée sur une loi spéciale* est régie par une loi fédérale, par des statuts et, subsidiairement, par les dispositions du code des obligations (CO; RS 220). Cette forme d'organisation est particulièrement judicieuse lorsque l'entité créée est en concurrence avec des entreprises de droit privé, a pour objectif de réaliser des bénéfices en plus de l'exécution de tâches d'intérêt public et lorsque des tiers peuvent s'engager dans son capital aux côtés de la Confédération. L'Autorité de surveillance des marchés financiers n'étant pas en concurrence avec des entreprises privées et ne visant pas la réalisation de bénéfices, cette forme d'organisation n'est pas indiquée.
- La *société anonyme de droit privé* au sens des art. 620 ss CO doit être écartée pour des raisons analogues. Cette forme d'organisation ne convient en effet que pour une entreprise à but lucratif entièrement soumise à la concurrence. Ce statut n'est pas approprié pour une entité appelée à remplir des tâches relevant de la puissance publique, telles que la surveillance des marchés financiers. De plus, la délégation à une entité privée de compétences législatives dont jouit l'Autorité de surveillance des marchés financiers sur le plan technique (p.ex. la possibilité d'édicter des ordonnances) pose un problème de constitutionnalité.

L'*établissement autonome de droit public* est donc le statut juridique qui offre les meilleures conditions d'exercice des tâches de surveillance des marchés financiers. Il permet de créer une unité administrative autonome sur le plan de l'organisation, remplissant une mission publique et disposant de ses propres ressources humaines et financières. Dans le cas d'espèce, il est prévu d'instituer une unité décentralisée de l'administration fédérale⁸, dotée de la personnalité juridique, indépendante sur le fond et autonome en matière de ressources.

Le Conseil fédéral estime que cette forme d'organisation offre des conditions optimales pour une surveillance forte et efficace, vu que les critères d'indépendance fonctionnelle et institutionnelle ainsi que d'autonomie en matière de ressources sont remplis. Le statut de droit public permet de mettre en place une autorité telle qu'une société anonyme dotée de structures de conduite fondées sur des principes économiques (voir commentaires sous ch. 1.2.4). L'établissement de droit public, que l'on

⁸ Art. 8, ordonnance du 25 novembre 1998 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (OLOGA; RS 172.010.1).

peut en quelque sorte qualifier d'«entreprise publique», répond aux objectifs de simplicité, de transparence et de clarté.

1.2.4 Structure de conduite moderne de l'AUFIN, tenant compte des domaines assujettis à la surveillance

L'AUFIN devra remplir une mission des plus exigeantes. Il est donc crucial qu'elle dispose de structures de conduite simples, fonctionnelles et efficaces. Les dispositions relatives à l'organisation de l'AUFIN visent un équilibre entre la conduite stratégique et la gestion opérationnelle («checks and balances»). Elles doivent également satisfaire aux principes d'une gestion moderne de l'administration:

- Le conseil d'administration influence l'orientation stratégique de l'AUFIN, en fixant ses objectifs stratégiques et en les soumettant au Conseil fédéral pour approbation. Le conseil d'administration statue en outre sur des affaires de grande portée. Il édicte aussi les ordonnances qui sont de la compétence de l'AUFIN et adopte des circulaires. Il est responsable du système de contrôle interne, élabore le rapport d'activités, nomme les membres de la direction, édicte le règlement d'organisation et les directives relatives à l'information, et enfin, approuve le budget.
- La direction est l'organe exécutif de l'AUFIN. Elle édicte les décisions, à moins que le règlement d'organisation n'attribue cette compétence au conseil d'administration ou à une des unités d'organisation. Elle élabore aussi les bases des décisions du conseil d'administration, à qui elle rend régulièrement compte de ses activités.
- L'organe de révision contrôle la comptabilité, les comptes annuels et le bon fonctionnement des systèmes de planification, de contrôle, de pilotage et de rapports de l'AUFIN.

Vu les expériences faites dans le cas de la CFB il ne faut pas attribuer une compétence exécutive générale (décisions de fond, ressources, logistique, etc.) au conseil d'administration d'une autorité de surveillance des marchés financiers. La commission a délégué une grande partie de ses compétences décisionnelles à son secrétariat – en particulier pour les affaires de routine. Cet organe, dont les membres n'exercent leur fonction qu'à titre accessoire, atteint en effet rapidement les limites de ses capacités, pour des questions de temps surtout. Or, si l'on ajoute aux tâches incombant à la CFB celles de l'OFAP et de l'Autorité de contrôle LBA, l'éventail devient si vaste qu'un organe non professionnalisé ne peut s'en acquitter dans des conditions convenables, tant sur le plan matériel que temporel. La compétence décisionnelle du conseil d'administration a donc été limitée aux affaires de grande portée. Autrement dit, le conseil d'administration n'aura à se prononcer que dans les cas où les créanciers, les investisseurs, les assurés ou le fonctionnement des marchés financiers sont touchés notablement.

Les particularités des divers domaines de la surveillance continueront à être prises en compte lorsque la nouvelle autorité sera mise en place. Des réglementations sectorielles appropriées seront appliquées. Il appartiendra à l'autorité de s'organiser en conséquence et c'est pourquoi les différents domaines spécialisés devront être représentés de manière appropriée au sein du conseil d'administration et de la direction.

1.2.5

Obligation de l'AUFIN de rendre des comptes et pilotage par la Confédération

L'indépendance de l'AUFIN a pour corollaires une obligation de rendre des comptes et une haute surveillance ou plutôt un pilotage politique par la Confédération. D'après la terminologie utilisée jusqu'à présent, l'AUFIN appartient au troisième cercle de l'administration⁹. Selon la nouvelle définition découlant de ce que l'on a appelé la «typologie des tâches», l'Autorité de surveillance des marchés financiers appartient à la catégorie «unités assumant des tâches de surveillance des marchés». Le Conseil fédéral considère l'AUFIN comme un modèle et un précédent de grande portée dans sa stratégie de propriété. Le pilotage par la Confédération a une signification particulière au regard de la taille de cet organisme et de son importance politique.

L'indépendance octroyée à l'Autorité de surveillance des marchés financiers ne signifie pas que le Conseil fédéral et les Chambres fédérales renoncent à toute possibilité d'exercer un pilotage ou une influence. Il faut cependant que l'autorité reste solidement ancrée dans l'appareil d'Etat et que les instruments de pilotage et de contrôle soient institutionnalisés.

Le pilotage de l'Autorité de surveillance intervient avant tout à travers les dispositions des lois et des ordonnances, qui fixent les limites à l'intérieur desquelles l'AUFIN est libre d'agir. Ces dispositions définissent également les tâches de l'AUFIN et forment ainsi le cadre de la réglementation édictée par cette dernière. Ce cadre est fixé d'une part par les Chambres fédérales (à travers la loi) et d'autre part par le Conseil fédéral (par voie d'ordonnance).

Si l'AUFIN outrepassé les compétences que lui attribue la loi, les intéressés peuvent recourir contre sa décision et en exiger l'annulation ou la révision. Il en va de même pour l'imputation des frais de surveillance à travers des émoluments. Si les intéressés jugent que les frais imputés sont injustifiés, ils peuvent former opposition. La possibilité de recourir contre les décisions de l'Autorité de surveillance est un instrument de contrôle important et très efficace.

En plus de ces instruments de nature juridique, le Conseil fédéral dispose de moyens qui lui sont propres pour piloter et surveiller l'action de l'AUFIN. Cette dernière doit ainsi formuler ses propres objectifs stratégiques, qui doivent ensuite être approuvés par le Conseil fédéral. Celui-ci peut donc, en complément à la législation, exercer une influence sur l'aménagement à moyen terme de l'activité de l'AUFIN. Du fait de son autonomie, l'AUFIN fixe elle-même les domaines dans lesquels elle se dote d'objectifs stratégiques.

Par ailleurs, en nommant le conseil d'administration, le Conseil fédéral décide de la composition de l'organe stratégique suprême de l'Autorité de surveillance. Lorsqu'un membre du conseil d'administration ne remplit plus les conditions requises pour occuper sa fonction, le Conseil fédéral peut le révoquer. Le Conseil fédéral approuve également la nomination et la résiliation des rapports de travail du directeur par le conseil d'administration. En d'autres termes, il a un droit de codécision

⁹ Modèle des quatre cercles: Réforme du gouvernement et de l'administration, Rapport final de la Direction du projet, approuvé par le Conseil fédéral le 18 octobre 2000, Rapport sur la gestion par mandat de prestations et enveloppe budgétaire – Evaluation et suite de la procédure (Rapport d'évaluation GMEB), FF 2002 3320.

dans la nomination ou la résiliation des rapports de travail en ce qui concerne l'organe exécutif suprême, ce qui lui permet d'influer considérablement sur les grandes orientations de l'AUFIN.

De plus, le Conseil fédéral édicte l'ordonnance sur les émoluments et approuve l'ordonnance sur la rémunération, les prestations annexes et les autres conditions contractuelles concernant le personnel. Il peut donc piloter des aspects importants de la politique du personnel et participe aux décisions en la matière. Il fixe en outre les critères relatifs à la perception et au calcul des taxes et émoluments. Ces deux domaines revêtent une grande importance politique car, par le biais des dispositions sur les taxes et émoluments d'une part et sur le personnel d'autre part, le Conseil fédéral peut modeler l'aménagement de l'autorité et son activité.

L'autorité de surveillance doit rendre compte de son action au Conseil fédéral. Elle le fait au moyen d'un rapport d'activités qu'elle soumet au Conseil fédéral pour approbation avant de le publier. En outre, le Conseil fédéral et l'AUFIN examinent au moins une fois par an, dans le cadre d'entretiens institutionnalisés, la stratégie de surveillance et la politique à l'égard de la place financière. Si les circonstances le demandent, le Conseil fédéral peut exiger d'autres entretiens. Grâce à ces échanges de vues, le gouvernement peut se faire une opinion sur l'activité de l'autorité de surveillance et lui présenter son point de vue. Il peut aussi émettre des critiques lorsqu'il ne partage pas les orientations choisies par l'AUFIN¹⁰.

Les Chambres fédérales exercent leur surveillance dans le cadre de la haute surveillance parlementaire qui découle de la Constitution fédérale¹¹ et des dispositions de la loi du 13 décembre 2002 sur l'Assemblée fédérale (Loi sur le Parlement, LParl; RS 171.10). Pour les établissements de droit public, il doit essentiellement vérifier si le Conseil fédéral défend correctement ses intérêts de propriétaire et assume correctement les tâches et fonctions qui lui sont attribuées (haute surveillance indirecte).

Les instruments de pilotage dont disposent le Conseil fédéral et les Chambres fédérales garantissent l'intégration de l'AUFIN dans les structures de l'Etat sans toucher à l'indépendance dont elle a besoin pour exercer la surveillance des marchés financiers.

1.2.6 Principes de réglementation des marchés financiers

La réglementation des marchés financiers est essentielle à un secteur financier fonctionnel et efficace. Les créanciers, investisseurs et assurés comptent sur des assujettis solvables et fiables, qui s'appuient à leur tour sur des conditions-cadres transparentes et adéquates. En Suisse comme à l'étranger, le public place sa confiance dans un marché financier intègre, fonctionnel et performant. Dans ce contexte, la réglementation des marchés financiers est donc une nécessité. Son absence empêcherait les assujettis d'exercer leurs activités sur un marché international réglementé.

¹⁰ Grisel André, La commission des banques sous le regard du juriste, in: Commission fédérale des banques (éd.), 50 ans de surveillance fédérale des banques, Zurich 1985, p. 158.

¹¹ Art. 169 Cst.

Mais la mise en œuvre de la réglementation peut occasionner des coûts élevés, pesant surtout sur les assujettis de petite taille. Elle peut aussi avoir un effet sur la compétitivité internationale de la place financière et générer des effets collatéraux indésirables.

Outre ses tâches de surveillance et d'exécution de la législation sur les marchés financiers, l'AUFIN a pour missions d'apporter sa contribution au processus législatif et d'élaborer une réglementation technique. La réorganisation de la surveillance des marchés financiers est donc aussi l'occasion de créer un cadre légal pour les principes de réglementation et la pratique actuels¹². En matière de réglementation, l'Autorité de surveillance des marchés financiers devra respecter ces principes, qui sont déjà largement pris en compte sur une base volontaire.

A travers les principes de réglementation, le Conseil fédéral souligne que la surveillance des marchés financiers ne doit pas développer sa propre dynamique. Une réglementation n'est nécessaire que dans la mesure où les buts visés par la surveillance l'exigent. En l'occurrence, l'autorité de surveillance doit notamment tenir compte des coûts de la réglementation pour les assujettis ainsi que de ses effets sur la concurrence, sur la capacité d'innovation et sur la compétitivité internationale de la place financière. Il convient également de prendre en considération la diversité des activités des assujettis et des risques qu'ils encourent. Enfin, les standards internationaux minimaux doivent être respectés.

Le Conseil fédéral estime que l'évaluation des projets réglementaires devra à l'avenir inclure systématiquement une analyse coûts-bénéfices. Les bases de décision pour apprécier l'adéquation, la nécessité et la proportionnalité de la réglementation envisagée seront ainsi plus solides, ce qui permettra de définir des réglementations adaptées pour des problèmes concrets.

1.2.7 Coûts et financement de l'autorité de surveillance

L'intégration des autorités de surveillance des marchés financiers, qui offre une plus grande flexibilité dans l'utilisation des ressources, ne doit pas entraîner une augmentation des taxes et émoluments de surveillance. Le mandat de l'AUFIN, qui est défini dans la législation sur les marchés financiers, n'est pas modifié par le présent projet, de sorte qu'il n'y a pas de raison que les coûts de l'Autorité de surveillance des marchés financiers augmentent. Est réservée l'obligation de constituer des réserves (cf. commentaire de l'art. 16 LAUFIN). Les coûts diminueront plutôt dans les domaines où des synergies pourront être exploitées (cf. ch. 1.2.1). En effet, l'intégration permet notamment d'optimiser l'utilisation des ressources (p.ex. communication), de la logistique (p.ex. informatique) et des infrastructures (p.ex. locaux). La CFB, l'OFAP et l'Autorité de contrôle LBA seront ainsi regroupés au même endroit, ce qui pourrait générer des économies en matière de logement.

Dans ce contexte, il convient toutefois de souligner qu'une surveillance des marchés financiers forte a son prix. Les exigences à l'égard de la surveillance ne cessent d'augmenter, car sa tâche devient de plus en plus complexe (avant tout en ce qui

¹² Lignes directrices applicables à la réglementation des marchés financiers. Pour une réglementation des marchés financiers proportionnée au but visé, économe et efficace, septembre 2005, AFF, CFB, OFAP, <http://www.efd.admin.ch/f/dok/grundlagenpapiere/finanzmarktregulierung/richtlinien.pdf>.

concerne la surveillance des grands assujettis). L'attribution de tâches supplémentaires à l'AUFIN par le législateur a inévitablement des conséquences sur l'effectif de son personnel. Il s'agit en outre de préciser que l'AUFIN doit fournir des services (p.ex. en matière de ressources) qui l'étaient jusqu'ici par l'administration fédérale.

Les recettes de l'AUFIN sont constituées exclusivement des taxes et émoluments prélevés auprès des assujettis. Elles doivent couvrir la totalité des coûts. La CFB et l'OFAP sont financés sur ce modèle depuis de nombreuses années. A partir de 2006, l'Autorité de contrôle LBA sera également financée intégralement de cette manière.

Les taxes et émoluments seront fixés, dans la mesure du possible, en application du principe de causalité. Des émoluments seront perçus pour chaque procédure de surveillance et pour les prestations fournies. L'AUFIN percevra aussi une taxe forfaitaire annuelle, la taxe de surveillance, auprès des assujettis, pour financer les coûts couverts par les émoluments qui ne peuvent être imputés individuellement aux assujettis (voir commentaire de l'art. 15).

1.2.8 Personnel

Le personnel de l'AUFIN est engagé sur la base d'un contrat de droit privé. Cette approche correspond à la réglementation choisie pour le personnel de l'autorité fédérale de surveillance en matière de révision instituée par la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur l'agrément et la surveillance des réviseurs (loi sur la surveillance de la révision, LSR; projet soumis au référendum, FF 2005 6867). D'abord, il semble judicieux d'adopter des règles semblables pour ces deux autorités qui remplissent des tâches similaires dans le cadre de la surveillance des sociétés d'audit. Ensuite, l'engagement du personnel selon le droit privé offre une plus grande liberté d'action à l'AUFIN dans la gestion des ressources humaines. Le conseil d'administration édictera une ordonnance pour régler les questions de rémunération et de prestations annexes, ainsi que d'autres conditions contractuelles (nature et étendue des régimes de prévoyance, éventuelles indemnités de départ, délais de résiliation, etc.). Cette ordonnance devra être approuvée par le Conseil fédéral. Ce dernier peut donc participer dans une large mesure à la définition des conditions-cadres régissant le principal facteur de coûts, à savoir le personnel, et empêcher le versement de salaires trop élevés (cf. ch. 1.2.5). Le Conseil fédéral devra cependant tenir compte du fait qu'une surveillance forte requiert des spécialistes qualifiés qui doivent être rémunérés convenablement.

1.2.9 Limitation de la responsabilité de l'AUFIN et de la Confédération

Conformément à l'art. 3, al. 1, de la loi fédérale du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (loi sur la responsabilité, LRCF; RS 170.32), la Confédération répond du dommage causé sans droit à un tiers par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions, sans égard à la faute du fonctionnaire. La responsabilité telle qu'elle est définie par la loi sur la responsabilité est donc une responsabilité causale au sens strict, sans limite de montant et avec un vaste champ d'application.

La loi sur la responsabilité s'applique à toutes les personnes chargées directement de tâches de droit public par la Confédération (art. 1, al. 1, let. f, LRCF). La responsabilité des organes et du personnel de l'AUFIN, ainsi que des personnes mandatées par l'AUFIN, est donc régie par cette loi. Par ailleurs, en vertu de l'art. 19 LRCF, une institution indépendante de l'administration ordinaire répond en premier lieu elle-même des dommages qu'elle cause à des tiers à travers ses organes et ses employés. Au cas où l'AUFIN ne serait pas en mesure de réparer le dommage avec ses réserves, la Confédération répondrait subsidiairement envers le lésé du montant non couvert (responsabilité subsidiaire).

En matière de surveillance des marchés financiers, la responsabilité des autorités découle essentiellement d'omissions, par exemple lorsqu'il est démontré que les dommages consécutifs à la faillite d'un assujetti auraient pu être évités si l'autorité de surveillance était intervenue plus tôt ou plus efficacement. Le Tribunal fédéral a déjà dû trancher à plusieurs reprises la question de la responsabilité de la CFB. Dans l'un de ses arrêts, il a notamment précisé que la norme instituant la surveillance des banques n'est pas une norme protectrice de celles-ci, mais de leurs créanciers. En conséquence, la violation du devoir de surveillance ne peut être invoquée pour engager la responsabilité de la Confédération envers les banques. Dans son appréciation des mesures qui auraient dû être prises dans le cas d'espèce, il accorde d'ailleurs une liberté d'action considérable à la CFB, en sa qualité d'autorité spécialisée¹³. Le Conseil fédéral partage le point de vue du Tribunal fédéral. La modification des dispositions relatives à la responsabilité prévue par la LAUFIN ne changera rien à cette situation.

Dans le cas des marchés financiers, les dommages peuvent se chiffrer par milliards. Si l'AUFIN, et subsidiairement la Confédération, devaient répondre de tels montants, les assujettis en feraient les frais par le biais de la taxe de surveillance, ou subsidiairement les contribuables. En outre, plus la responsabilité d'une autorité de surveillance est élevée, plus celle-ci aura tendance à resserrer au maximum sa surveillance, à travers des contrôles poussés. Une très large responsabilité causale en matière de surveillance des marchés financiers pourrait donc pousser l'autorité à pécher par excès de prudence. Cela se répercuterait sur les coûts de la surveillance et susciterait un sentiment de «surréglementation» chez les assujettis. L'AUFIN doit exercer une surveillance différenciée tenant compte de la taille et de la nature de l'activité des assujettis, ainsi que des risques courus par ces derniers. Elle doit aussi fixer des priorités. De leur côté, les assujettis bénéficient d'une très grande latitude dans la conception de leur activité économique et de leur responsabilité. Cela étant, la surveillance des marchés financiers ne peut être tenue responsable de n'importe quel dommage encouru par les assujettis. Il serait gênant que la responsabilité de la surveillance des marchés financiers puisse être engagée alors que celle-ci n'a pas les moyens d'exercer un contrôle sur les responsables et que la cause du dommage ne lui est pas imputable, mais doit être recherchée dans la mauvaise gestion ou dans un comportement contraire aux obligations de l'assujetti.

Il convient donc de redéfinir les contours de la responsabilité de l'AUFIN. Le Conseil fédéral propose de restreindre de manière décisive les conditions dans lesquelles la responsabilité de l'autorité de surveillance peut être engagée. Cette proposition rapproche notre droit des législations étrangères, notamment de la législation européenne. En Allemagne par exemple, la responsabilité de l'autorité de

¹³ ATF 116 Ib 196 ss, consid. 2b et 2d, ATF 106 Ib 357 consid. 2c.

surveillance des marchés financiers est exclue de fait en ce qui concerne son activité de surveillance (cf. ch. 1.4).

Une responsabilité illimitée engendrerait un risque de responsabilité considérable pour les pouvoirs publics¹⁴. C'est pourquoi l'AUFIN ne répondra de ses actes qu'en cas de «violation de ses devoirs essentiels de fonction». Le Tribunal fédéral applique déjà cette règle aux actes juridiques qu'une instance de recours a annulés ultérieurement¹⁵. La responsabilité suppose une faute particulière, qui n'existe pas du simple fait que l'AUFIN a pris des décisions qui s'avèrent être erronées. La responsabilité de l'Etat ne saurait être engagée dès lors que l'autorité de surveillance exerce mal son pouvoir d'appréciation ou qu'une erreur lui échappe malgré toutes les mesures de précaution, car l'activité de surveillance est aussi exposée à des limitations de fait et à des incertitudes¹⁶. Du point de vue de la responsabilité, l'AUFIN bénéficiera donc d'une plus grande latitude. Cela signifie qu'un comportement jugé erroné a posteriori n'engagera la responsabilité de l'Autorité de surveillance que si cette dernière a manifestement outrepassé sa marge de manœuvre ou en a abusé en violant un devoir de fonction.

La responsabilité de l'AUFIN est exclue si les dommages résultent de «violations des devoirs par un assujetti». Une violation des devoirs essentiels de fonction par l'AUFIN n'est dans ce cas plus considérée comme la cause du dommage et elle passe ainsi entièrement à l'arrière-plan. Il appartiendra aux tribunaux d'interpréter et de préciser au cas par cas les notions de «violation des devoirs essentiels de fonction» et de «violation des devoirs par un assujetti».

1.2.10 Harmonisation des instruments de surveillance

La LAUFIN conduit à un durcissement de la législation sur les marchés financiers: en harmonisant les instruments de surveillance (le «droit formel des marchés financiers»), elle permet d'alléger les différentes lois régissant le secteur financier (loi sur les banques, loi sur la surveillance des assurances, loi sur les fonds de placement, loi sur les bourses, loi sur le blanchiment d'argent, loi sur l'émission de lettres de gage, loi sur le contrat d'assurance¹⁷). Elle harmonise dans une même loi les normes relatives à des instruments similaires ou identiques (comme la surveillance des audits, l'information, les obligations de renseigner et d'annoncer incombant aux assujettis) pour les divers secteurs de la surveillance des marchés financiers. Grâce à l'harmonisation des instruments de surveillance généraux dans la LAUFIN, de nombreuses dispositions peuvent être abrogées dans la législation sur les marchés financiers. Cette dernière y gagne en cohérence et en clarté.

Hormis l'harmonisation des instruments de surveillance, les lois sur les marchés financiers ne subissent pas de changements majeurs. Le système d'autorégulation (selon la loi sur le blanchiment d'argent ou la loi sur les bourses p.ex.) est notamment conservé. Lorsqu'une norme divergente ou complémentaire s'impose dans un

¹⁴ Schaefer Barbara, Responsabilité de la Confédération pour le compte de tiers – un risque croissant, in: L'Expert-comptable suisse, 2002, p. 1095 ss (résumé en français p. 1100).

¹⁵ ATF 112 Ib 449, ATF 118 Ib 163.

¹⁶ Hauri Kurt, Erfahrungen der Bankenaufsicht, in: Berner Bankrechtstag, tome 2, Berne 1995, p. 20.

¹⁷ Loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (loi sur le contrat d'assurance, LCA; RS 221.229.1).

domaine de surveillance, elle est maintenue dans la loi spécifique à ce domaine. Les dispositions des lois sur les marchés financiers prévalent en l'occurrence sur les dispositions générales de la LAUFIN (art. 2 LAUFIN). Ainsi, en fonction des réglementations prévues dans la législation sur les marchés financiers, l'AUFIN exerce la surveillance soit directement, soit indirectement avec le soutien des organes de révision (système de surveillance «dualiste»). L'objet des audits est également dicté par les lois spécifiques du secteur financier. La loi proposée maintient donc les modalités de surveillance propres aux différents domaines du secteur financier. Ainsi, en ce qui concerne la surveillance des assurances par exemple, l'AUFIN assume également des tâches dans le domaine des assurances sociales, ce qui exige d'autres approches que dans le cas de la surveillance bancaire.

Une réglementation globale peut cependant être mise en place pour la surveillance des organes de révision (ci-après dénommés «sociétés d'audit», cf. ch. 2.3.1). En l'espèce, l'AUFIN devra se concerter avec la future autorité de surveillance en matière de révision qui doit être instituée en vertu de la nouvelle loi sur la surveillance de la révision. Après le contrôle effectué par l'autorité de surveillance en matière de révision, l'AUFIN vérifiera uniquement si les sociétés d'audit et les auditeurs responsables remplissent les exigences en matière de surveillance des marchés financiers, ce qui permettra d'éviter la multiplication des chevauchements.

1.2.11 Conditions de collaboration avec les autorités suisses

A l'instar des autorités de surveillance actuelles, l'AUFIN aura des relations soutenues avec d'autres autorités nationales, en particulier avec la BNS. L'AUFIN, comme le faisait jusqu'ici la CFB, tiendra compte des objectifs de la BNS, qui assume l'essentiel de la responsabilité en matière de stabilité du système financier¹⁸ et se mettra d'accord avec elle. Comme la surveillance de l'AUFIN a également des répercussions sur la stabilité du système financier (p.ex. surveillance des grandes banques, exigences à l'égard de la capitalisation et des liquidités), une étroite collaboration demeurera indispensable.

La collaboration avec les autorités de poursuite pénale est également importante. L'AUFIN devra coopérer avec le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS) et avec la future Autorité fédérale de surveillance en matière de révision.

La loi permet toutefois à l'AUFIN de refuser l'entraide judiciaire et administrative aux autorités de poursuite pénale et aux autres autorités suisses lorsque certaines conditions sont remplies. L'AUFIN pourra ainsi refuser de communiquer des informations qui ne sont pas accessibles au public ou de transmettre des documents si ces informations ou documents servent exclusivement à ces autorités à se faire une opinion, ou si cela pourrait mettre en péril une procédure en cours ou nuire à l'activité de surveillance de l'AUFIN.

¹⁸ Art. 5, al. 2, let. e, loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la Banque nationale suisse (loi sur la Banque nationale, LBN; RS **951.11**).

1.2.12

Disposition harmonisée relative à la collaboration avec les autorités étrangères de surveillance des marchés financiers

Les lois régissant le secteur financier réglementent les relations avec les autorités étrangères de surveillance pratiquement toutes de la même manière. Il est donc judicieux de créer une disposition harmonisée dans la LAUFIN. Les divergences voulues et justifiées matériellement resteront toutefois inscrites dans les lois sectorielles, qui en leur qualité de *leges speciales*, prévaudront toujours sur la LAUFIN. Il en ira par exemple ainsi de la modification de la loi sur les bourses adoptée par les Chambres fédérales le 7 octobre 2005 (art. 38 LBVM¹⁹), qui instaure certains allègements dans l'assistance administrative en matière boursière. Cela ne changera rien au fait que la loi sur les bourses permet d'accorder l'assistance administrative non seulement dans un but de surveillance des établissements mais aussi à des fins de surveillance du commerce des valeurs mobilières, par exemple dans les affaires de délits d'initiés (art. 38, al. 2, let. a, LBVM)²⁰. Lors de l'audit sur place d'une filiale suisse d'un groupe étranger, l'autorité étrangère de surveillance ne pourra toujours pas accéder directement aux informations liées à des opérations de gestion de fortune (art. 23^{septies} P-LB, art. 38a P-LBVM).

L'harmonisation s'accompagne avant tout d'ajustements d'ordre linguistique. Le seul changement matériel concerne la compétence du Conseil fédéral de conclure des traités internationaux, prévue dans la loi sur les fonds de placements (art. 63, al. 4, LFP) et dans la nouvelle loi sur la surveillance des assurances (art. 81, al. 5, LSA) mais pas dans la loi sur les banques, la loi sur les bourses et la loi sur le blanchiment d'argent. Cette disposition ne s'étant avérée d'aucune utilité pratique, elle n'est pas reprise dans la LAUFIN.

Les simplifications rédactionnelles n'entraînent pas d'autres modifications matérielles. Le statut juridique des clients des assujettis reste notamment le même.

1.2.13

Renforcement, harmonisation et consolidation des sanctions

La réorganisation de la surveillance des marchés financiers entraînera une amélioration des sanctions de la surveillance des marchés financiers, celles-ci s'étant dans le passé révélées insuffisamment différenciées et peu efficaces. Le présent projet propose donc un nouveau système consolidé et harmonisé qui comporte des sanctions pénales révisées et de nouvelles sanctions administratives. Les dispositions pénales y gagnent en substance et en uniformité, tandis que le cadre pénal est relevé. Certains éléments constitutifs d'une infraction n'ayant pas d'importance pratique n'ont pas été repris, et de nouveaux instruments administratifs (en particulier la confiscation et l'interdiction d'exercer) sont proposés. L'harmonisation et la consolidation du système de sanctions se traduisent aussi par une simplification notable des lois sur les marchés financiers et par des conditions de concurrence plus équitables.

¹⁹ FF 2005 5623

²⁰ ATF 125 II 65.

Le cadre des sanctions du droit pénal de la surveillance des marchés financiers a été adapté comme suit. Les délits sont passibles d'une peine d'emprisonnement de trois ans au maximum ou d'une amende de 1 million de francs au plus et les contraventions d'une amende de 500 000 francs au maximum. La négligence est sanctionnée par une amende pouvant aller jusqu'à 250 000 francs en cas de délit et jusqu'à 150 000 francs s'il s'agit d'une contravention.

Les sanctions administratives qui pourront être prononcées par l'AUFIN lui permettront d'agir de manière préventive et répressive afin de garantir le bon fonctionnement des marchés financiers et la protection des créanciers, des investisseurs et des assurés. La palette de sanctions a été élargie et renforcée, notamment par l'adjonction significative de l'interdiction d'exercer. L'AUFIN pourra ainsi interdire à une personne d'exercer une activité dans une position dirigeante si elle constate une infraction grave des règles prudentielles. La durée de cette sanction peut aller jusqu'à cinq ans.

La LAUFIN autorise également l'Autorité de surveillance à confisquer le gain acquis par un assujéti ou par une personne exerçant une fonction dirigeante en violant gravement les règles prudentielles. La confiscation est une sanction administrative d'un type nouveau dans le contexte de la surveillance des marchés financiers. Elle a une fonction compensatoire et a pour but de décourager les assujettis ou les personnes exerçant une fonction dirigeante de violer les règles prudentielles. Seule la confiscation permet d'éviter qu'une violation grave de ces règles soit profitable. Par contre, la non-confiscation des bénéfices obtenus en violant le droit entraîne des distorsions de la concurrence, car les assujettis qui respectent la loi subissent un préjudice alors que ceux qui se comportent de manière illicite en retirent des avantages. En d'autres termes, la confiscation peut donc être considérée comme une simple mesure de rétablissement de l'ordre légal, qui favorise l'équité entre les établissements financiers.

Enfin, en cas de violation grave des règles prudentielles, l'autorité de surveillance pourra ordonner la publication d'une décision exécutoire dans la forme qu'elle jugera opportune. Cet instrument devrait également inciter les assujettis à se conformer aux règles prudentielles.

1.2.14 Réorganisation des compétences en matière de contrôle des OPA

La réorganisation de la surveillance des marchés financiers et la modification prochaine de l'organisation judiciaire fédérale justifiaient un examen du système de contrôle des OPA. Cet examen a montré qu'il fallait revoir les voies de droit et les délais de recours. La solution proposée dans le présent projet a rencontré un écho largement positif lors d'une consultation de la CFB et la plupart des rares critiques émises ont été prises en considération.

Selon le droit actuel (art. 23 LBVM), la COPA veille au respect des dispositions applicables aux OPA. Elle édicte des recommandations à l'adresse des personnes concernées et peut les publier. Ces recommandations peuvent faire l'objet d'un recours à la CFB ou la CFB peut elle-même se saisir du dossier dans un délai de cinq jours de bourse. La CFB prononce ensuite une décision qui peut faire directement l'objet d'un recours de droit administratif devant le Tribunal fédéral (art. 39

LBVM). En vertu de la nouvelle organisation judiciaire fédérale qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2007²¹, les décisions de la CFB pourront faire l'objet d'un premier recours dans les 30 jours au nouveau Tribunal administratif fédéral (TAF), puis d'un second recours dans le même délai au Tribunal fédéral (TF). Cette succession de quatre instances (COPA, CFB [respectivement AUFIN], TAF et enfin TF) ne répond pas aux exigences de la pratique qui attend des décisions rapides et définitives. La procédure actuelle, qui comprend trois instances, s'est déjà révélée trop longue dans des cas d'OPA. Dans les faits, la lenteur de la procédure (qui peut durer plusieurs mois) se traduit par un blocage de la reprise envisagée, blocage qui peut entraîner l'échec de transactions importantes à la fois pour l'économie et pour les petits actionnaires.

Il est prévu de remédier à cet inconvénient en instituant une procédure plus rapide, à trois instances, dans laquelle la COPA a le statut d'une commission à pouvoir décisionnel au sens de l'art. 6, al. 1, let. e, de l'ordonnance du 25 novembre 1998 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (OLOGA; RS 172.010.1). Jusqu'ici, la COPA ne pouvait qu'émettre des recommandations, ce qui n'a pas eu d'incidence négative sur son activité et sur sa cote. Il est toutefois évident que la possibilité de pouvoir édicter des décisions accroît l'autorité de la COPA, en sa qualité de premier organe décisionnel et donc d'autorité quasi-exécutive. Cela relèvera le degré d'acceptation des décisions de la COPA et devrait inciter les intéressés à faire preuve d'une plus grande retenue dans l'utilisation des voies de droit. Ces dernières prévoient la possibilité de recourir contre les décisions de la COPA, dans un délai de cinq jours de bourse, auprès de l'AUFIN qui devient ainsi la nouvelle instance de recours. Les décisions sur recours prises par l'AUFIN pourront être attaquées dans un délai de dix jours devant le Tribunal administratif fédéral qui est la troisième et dernière instance de recours. Le recours au Tribunal fédéral ne sera pas possible, comme dans le cas de l'assistance administrative internationale (cf. art. 83, let. h, LTF), car le recours devant une seconde instance judiciaire ne permettrait pas de limiter à quelques semaines la durée de la procédure. Enfin, la suspension des délais est expressément exclue pour les procédures devant la COPA et l'AUFIN, ce qui est d'ailleurs déjà le cas aujourd'hui pour les procédures devant la COPA.

1.3 Résultats de la procédure préalable

1.3.1 Travaux préparatoires

Fin 1998, le DFF a constitué un groupe d'experts présidé par le professeur Jean-Baptiste Zufferey, qui a analysé les points forts et les lacunes de la réglementation et de la surveillance des marchés financiers en Suisse et les a considérés à la lumière de l'évolution du marché international. Les experts étaient notamment chargés d'évaluer les nouveaux risques et d'identifier les nouvelles tendances, par exemple en matière de collaboration entre banques et assurances. Ce premier groupe d'experts a publié son rapport final en novembre 2000 (rapport Zufferey). Intitulé

²¹ Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF; projet soumis au référendum, FF 2005 3875), loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF; projet soumis au référendum, FF 2005 3829).

«La réglementation et la surveillance des marchés financiers en Suisse»²², ce rapport présente 42 recommandations. Il propose en particulier de doter la Suisse d'une autorité de surveillance intégrée des marchés financiers, qui assumerait les fonctions de surveillance qu'exercent actuellement la CFB et l'OFAP.

Après la publication du rapport, le DFF a invité en novembre 2000 différents milieux à se prononcer sur ses recommandations. Se fondant sur le rapport Zufferey et les résultats de la consultation, le Conseil fédéral a conclu qu'il fallait revoir la législation afin d'améliorer la réglementation des marchés financiers. A cette fin, il a institué, le 30 novembre 2001, une commission d'experts présidée par le professeur Ulrich Zimmerli²³, chargée de mettre en œuvre les recommandations du groupe d'experts Zufferey et de présenter au DFF un projet de loi accompagné d'un rapport explicatif.

D'entente avec le DFF, la commission d'experts s'est acquittée de son mandat en plusieurs étapes. Dans un premier rapport partiel, elle a présenté en juillet 2003 un projet de loi fédérale sur la surveillance des marchés financiers (LAUFIN), qui regroupe la CFB et l'OFAP au sein de l'«Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (AUFIN)» et propose des instruments harmonisés suprasectoriels de surveillance. Se fondant sur ces premiers travaux, la commission a présenté en août 2004 un deuxième rapport partiel sur les «Sanctions dans la surveillance des marchés financiers». En février 2005, elle a publié le troisième et dernier rapport partiel consacré à l'extension de la surveillance prudentielle. Ce rapport ne contient pas de projet de loi en tant que tel, mais uniquement des recommandations sur la poursuite des travaux à l'intention du Conseil fédéral.

1.3.2 **Grandes lignes des projets destinés à la consultation**

Le premier rapport partiel «Surveillance intégrée des marchés financiers» propose pour la AUFIN le statut d'établissement de droit public doté de la personnalité juridique. Selon la commission d'experts, cette nouvelle autorité doit avant tout regrouper la CFB et l'OFAP. Contrairement à l'avis du groupe d'experts Zufferey, ce regroupement n'est pas principalement motivé par les activités de bancassurance, mais par la volonté d'accroître l'efficacité et de réduire le coût de la surveillance ainsi que par la nécessité d'accorder à la nouvelle autorité une plus grande indépendance financière et opérationnelle.

²² <http://www.efd.admin.ch/f/dok/berichte/2000/11/finanzmarkt.htm>

²³ Membres de la commission: prof. Ulrich Zimmerli, Institut de droit public de l'Université de Berne (président); Barbara Schaerer, avocate, LL.M., sous-directrice de l'Administration fédérale des finances (AFF) et cheffe du Service juridique du DFF (vice-présidente); prof. Niklaus Blattner, vice-président de la Direction de la Banque nationale suisse (BNS); prof. Hans Geiger, Institut bancaire suisse (IBS) de l'Université de Zurich; prof. Philippe Gugler, Université de Fribourg, Chaire de politique économique et sociale; Kurt Hauri, président de la Commission fédérale des banques (CFB); Monica Mächler-Erne, avocate, cheffe du Service juridique du Zurich Financial Services Group; jusqu'en janvier 2003: Peter Pfund, avocat, ancien directeur de l'Office fédéral des assurances privées (OFAP); dès janvier 2003: Prof. Herbert Luethy, directeur de l'Office fédéral des assurances privées (OFAP); Alexander Rabian, avocat, membre de la direction de l'Organisme d'autorégulation de l'Association suisse des gérants de fortune (ASG); Urs Roth, président du comité exécutif de l'Association suisse des banquiers (ASB). Le secrétariat a été dirigé par Kathrin Tanner, avocate, AFF.

Selon les experts, l'AUFIN doit comprendre un organe stratégique et un organe opérationnel. Le conseil de surveillance (désormais: conseil d'administration) s'occupe surtout de la stratégie de l'Autorité intégrée de surveillance des marchés financiers et conseille la direction sur des questions de fond. Quant à la direction, elle assurera l'exécution des dispositions sur la surveillance et est de ce fait compétente pour rendre des décisions. La direction peut déléguer la compétence décisionnelle aux départements compétents de l'AUFIN, pour autant qu'il ne s'agisse pas de décisions portant sur des principes ou supradépartementales. Outre les propositions d'ordre organisationnel, la commission d'experts présente un dispositif de surveillance pour l'ensemble des domaines concernés. Il comprend notamment des règles sur les audits, sur les activités d'information par l'Autorité de surveillance ou sur la collaboration avec les autorités suisses et étrangères. En matière d'audit, la commission d'experts part notamment du principe selon lequel l'AUFIN exercera sa surveillance en s'appuyant sur des sociétés d'audit. La commission prévoit par ailleurs des réglementations pour un deuxième audit ou un audit approfondi, réalisés par les sociétés d'audit, et pour des audits parallèles effectués par l'Autorité de surveillance.

Partant du dispositif de sanctions existant, le deuxième rapport partiel «Sanctions dans la surveillance des marchés financiers» propose un nouveau dispositif de sanctions consolidé et harmonisé comprenant des dispositions pénales remaniées et de nouvelles sanctions administratives. Les dispositions pénales seront consolidées et harmonisées et le cadre de la peine relevé de manière uniforme. Par ailleurs, les éléments constitutifs d'une infraction ne présentant pas d'importance pratique sont supprimés. De nouvelles sanctions administratives (confiscation et interdiction d'exercer, p.ex.) sont proposées. Le deuxième rapport partiel complète par un dispositif de sanctions le projet de LAUFIN proposé dans le premier rapport partiel. Il explique les moyens de sanction dont devrait disposer la future Autorité intégrée de surveillance des marchés financiers. La commission d'experts a rejeté les propositions de la CFB visant à étendre le catalogue des sanctions²⁴.

1.3.3 Consultations

1.3.3.1 Consultation sur le 1^{er} rapport partiel «Surveillance intégrée des marchés financiers»

La quasi-totalité des cantons, tous les partis politiques (à l'exception de l'Union démocratique du centre), les associations faîtières et d'autres organisations ont approuvé, sur le fond, la création d'une surveillance intégrée des marchés financiers. L'organisation concrète de l'AUFIN a toutefois suscité de nombreuses remarques. D'aucuns ont ainsi proposé d'y intégrer l'Autorité de contrôle LBA. De nombreux participants à la consultation ont jugé que des décisions graves, telles qu'un retrait d'autorisation ou l'interdiction d'exercer, devraient être du ressort du conseil

²⁴ «Rapport de la CFB sur les sanctions », Rapport de la Commission fédérale des banques sur les sanctions applicables à la surveillance des banques, des négociants en valeurs mobilières et des directions de fonds («surveillance des établissements») ainsi qu'à la surveillance des marchés en matière de délits d'initiés, manipulations de cours et autres infractions aux règles de comportement en vigueur sur le marché («surveillance des marchés») dans l'optique d'une refonte du dispositif de surveillance des marchés financiers en Suisse, avril 2003, <http://www.ebk.ch/f/archiv/2003/20030502/m030502-02f.pdf>, <http://www.ebk.ch/f/archiv/2003/20030502/m030502-03f.pdf> (annexe).

d'administration. Pour le reste, la répartition des compétences entre le conseil d'administration, en tant qu'organe stratégique, et la direction opérationnelle a été jugée appropriée. La participation des différents domaines spécialisés dans la prise de décisions a également suscité des remarques. Par ailleurs, les milieux de l'assurance ont critiqué la préférence accordée au système de surveillance dualiste (cf. ch. 1.2.10). Enfin, certains participants à la consultation ont proposé d'introduire dans la LAUFIN une disposition contraignant les autorités à procéder à une analyse coûts-utilité avant d'édicter ou de remanier toute réglementation (ordonnance, circulaire).

1.3.3.2 Consultation sur le 2^e rapport partiel «Sanctions dans la surveillance des marchés financiers»

La grande majorité des participants à la consultation approuvent le nouveau dispositif de sanctions, jugeant qu'il est signe de progrès. Pour le Parti socialiste, les sanctions proposées manquent cependant de crédibilité. A son avis, il faudrait renforcer leur effet dissuasif et punitif, afin de préserver la transparence de la place financière suisse. Pour sa part, l'Union démocratique du centre rejette un nouveau dispositif de sanctions. Elle estime que le projet de loi n'améliore pas la qualité de la surveillance suisse des marchés financiers.

1.3.4 Modification des projets mis en consultation

Sur la base des avis émis lors de la consultation et de la mise au point du projet par le Conseil fédéral, le projet mis en consultation a été modifié comme suit:

- L'Autorité de contrôle LBA est intégrée dans la nouvelle autorité de surveillance, afin d'exploiter des synergies. L'intégration garantit un contrôle unifié dans le domaine du blanchiment d'argent. La lutte contre le blanchiment d'argent – à laquelle est venue s'ajouter ces dernières années celle contre le financement du terrorisme – joue un rôle croissant en matière de surveillance des marchés financiers. L'intégration de l'Autorité de contrôle LBA dans l'AUFIN ne fait donc que témoigner de la grande importance que la Suisse accorde à la lutte contre le blanchiment d'argent. Le Conseil fédéral estime par ailleurs que l'intégration de l'Autorité de contrôle LBA, qui compte actuellement 24 collaborateurs, ne devrait pas poser de problèmes.
- Le rôle du conseil d'administration de l'AUFIN a été renforcé, ce conseil est ainsi désormais habilité à prendre des décisions sur des affaires de grande portée. En contrepartie, les exigences concernant l'indépendance et les connaissances techniques de ses membres ont été revues à la hausse.
- Les «départements» ne sont plus ancrés dans la loi. En ce qui concerne la composition du conseil d'administration et de la direction de la AUFIN, il conviendra cependant de veiller à ce que les connaissances sur les différents domaines soient représentées de manière appropriée (cf. commentaire de l'art. 11). L'AUFIN jouit ainsi d'une autonomie en matière organisationnelle et d'une souplesse accrues.
- Le personnel est engagé sur la base d'un contrat de droit privé (cf. ch. 1.2.8).

- L'activité de surveillance de l'AUFIN est assortie d'une limitation de la responsabilité (cf. ch. 1.2.9).
- Les dispositions concernant l'obligation de contrôle sont formulées dans la LAUFIN de telle manière que le système direct de surveillance et le système dualiste de surveillance sont équivalents. Par ailleurs, la LAUFIN ne contient plus de dispositions sur le deuxième audit, l'audit approfondi et l'audit parallèle. A travers la possibilité de désigner un chargé d'enquête, l'AUFIN dispose d'un instrument suffisant pour élucider le cas échéant des faits relevant du droit de la surveillance.
- La LAUFIN comprend désormais des principes de réglementation. Ainsi, il convient en particulier de prendre en considération les coûts que la réglementation engendre pour les établissements soumis à la surveillance.
- Une peine minimale en cas de récidive a été introduite au chapitre des sanctions pénales. Dans le droit des marchés financiers, le seuil de l'amende punissant des infractions commises dans une entreprise (cf. art. 7 DPA) est relevé dans la même proportion que pour les autres amendes (cf. art. 49 LAUFIN). Le cadre des amendes pour contravention est relevé et passe de 250 000 à 500 000 francs.
- Des propositions sont faites au sujet de la réorganisation des compétences en matière de contrôle des OPA (cf. ch. 1.2.14).

1.4 **Droit comparé et rapports avec le droit européen**

La création d'une autorité intégrée de surveillance des marchés financiers s'inscrit dans la tendance internationale. La Norvège possède une autorité intégrée depuis 1986 déjà, le Canada depuis 1987, le Danemark depuis 1988, la Suède depuis 1991 et la Finlande depuis 1993. La Grande-Bretagne a créé la «Financial Services Authority (FSA)» en 1997. Elle fut suivie par le Japon et la Corée en 1998, puis par l'Islande en 1999. L'Autriche s'est aussi dotée d'une autorité intégrée de surveillance des marchés financiers, la «Finanzmarktaufsicht (FMA)» en 2002, peu avant que l'Allemagne n'institue la «Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin)». Ces deux Etats ont opté pour des établissements, forme juridique comparable à celle choisie par la Suisse. Enfin, la principauté du Liechtenstein s'est également dotée d'une autorité de surveillance intégrée des marchés financiers, qui exerce depuis le début de 2005 la surveillance sur les banques, les directions de fonds, les assurances et les institutions de prévoyance, ainsi que sur d'autres intermédiaires financiers soumis à surveillance.

L'Italie, la France et les Etats-Unis – pourtant la plus grande place financière au monde – ne disposent pas d'une surveillance intégrée des marchés financiers. En raison de la complexité du système financier américain, qui comporte différents types de banques et de services d'autorisation, la surveillance des banques est exercée par toute une série d'autorités indépendantes à l'échelon de l'Etat fédéral ou des différents Etats. Les opérations sur titres et les sociétés de titres sont surveillées par la «U.S. Securities and Exchange Commission (SEC)». Quant aux produits dérivés et bourses de produits dérivés, ils sont du ressort de la «Commodities Futures Trading Commission (CFTC)». La surveillance du secteur des assurances relève d'organes propres aux différents Etats. Bien que le «Gramm Leach Bliley Act»

autorise légalement la bancassurance depuis 2000, l'organisation atomisée de la surveillance n'a pas été sensiblement simplifiée.

La responsabilité des autorités chargées de la surveillance des marchés financiers à l'étranger mérite un examen particulier. Le niveau des conditions de cette responsabilité est en général plus élevé qu'en Suisse. En Allemagne, une disposition restrictive de la loi sur la surveillance des services financiers «Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz (FinDAG)» exclut pour ainsi dire toute responsabilité de l'autorité de surveillance²⁵. En vertu du par. 4, al. 4, FinDAG, la BaFin n'assume ses tâches et n'exerce ses compétences que dans l'intérêt public. Par conséquent, les lésés, les créanciers ou les assurés ne peuvent pas du tout intenter une action en responsabilité contre la BaFin en cas de surveillance insuffisante. En Belgique et au Luxembourg, la responsabilité de l'autorité de surveillance n'est engagée qu'en cas de négligence grave ou d'acte intentionnel de ses organes. En droit canadien et anglais, cette responsabilité n'est engagée qu'en cas d'acte de mauvaise foi. Aux Etats-Unis, la responsabilité des autorités de surveillance des marchés financiers est également limitée.

A l'étranger, la réglementation sur les sanctions dans le domaine de la surveillance des marchés financiers varie également. Le droit dérivé de la Communauté européenne ne contient pas de dispositions sur les sanctions applicables en la matière. Les Etats membres doivent non seulement pouvoir retirer l'autorisation et prononcer des sanctions pénales, mais aussi «prononcer des sanctions ou prendre des mesures contre les établissements de crédit (banques), ou leurs dirigeants responsables»²⁶. Toutefois, la nature des sanctions et de la procédure n'est pas précisée. En matière de lutte contre le blanchiment d'argent, des sanctions pénales et des sanctions administratives doivent pouvoir être infligées, conformément à la directive relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, qui a été adoptée récemment²⁷. Les sanctions doivent être «effectives, proportionnées et dissuasives»²⁸.

En Grande-Bretagne, la FSA peut prendre des sanctions administratives contre des personnes ou des établissements fautifs. Elle peut ordonner le versement de dédommagements à des investisseurs lésés. En principe, elle publie les sanctions prises. En lieu et place de sanctions administratives, la FSA peut, en tant qu'autorité d'accusation, engager une procédure pénale suite à certaines infractions.

En France, les amendes infligées par l'Autorité des marchés financiers (AMF) sont plafonnées à 1,5 million d'euros ou au décuple du montant du profit réalisé à travers l'opération illicite. La décision de sanction peut être publiée. L'AMF peut également dénoncer les délits pénaux aux autorités pénales. Pour ce qui est de la surveillance des assurances, le Code des assurances autorise la Commission de contrôle des assurances (CCA) à avertir et même à dénoncer une compagnie d'assurance ayant

²⁵ Cf. arrêt de la Cour fédérale de justice du 20 janvier 2005 – III ZR 48/10; CJCE, arrêt du 12 octobre 2004, Affaire C-222/02, «Peter Paul et al./Bundesrepublik Deutschland».

²⁶ Directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mars 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice JO n° L 126 du 26 mai 2000, p. 1 ss, art. 32.

²⁷ Directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme JO n° L 309 du 25 novembre 2005, p. 15 ss.

²⁸ Art. 39 de la directive relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme.

enfreint les dispositions du droit de la surveillance. La CCA peut par ailleurs prononcer des amendes d'un montant allant jusqu'à 3 % du chiffre d'affaires de la compagnie concernée.

En Allemagne, les infractions contre les dispositions du droit des marchés financiers peuvent avoir des conséquences pénales et disciplinaires (amendes). L'autorité fédérale de contrôle des services financiers (BaFin) peut infliger des amendes de 500 000 euros au plus dans le cadre d'une procédure pénale administrative, en vertu de la loi sur le crédit, et des amendes allant jusqu'à 1,5 million d'euros aux personnes physiques et morales, en vertu de la loi sur le commerce des papiers-valeurs. En outre, les inobservations de prescriptions d'ordre dans le domaine de la surveillance des assurances sont passibles d'amendes pouvant atteindre 150 000 euros. Enfin, les autorités de poursuite pénale sont compétentes si les éléments constitutifs d'une infraction sont réunis.

1.5 Mise en œuvre

A l'instar des fusions dans le secteur économique, le regroupement d'autorités publiques ayant leur propre culture d'entreprise comporte des risques dont la maîtrise exige une bonne organisation. Avant que l'AUFIN ne puisse débiter ses activités opérationnelles, il importe de mener à bien d'importants travaux préparatoires dont il ne faut pas sous-estimer la complexité. Ces travaux doivent donc être entrepris à temps par les différentes instances concernées.

Pour commencer, le Conseil fédéral nommera le conseil d'administration, qui désignera à son tour les membres de la direction. Dans le même temps, il conviendra de définir la stratégie, les champs d'activité et les procédures, puis, à partir de là, d'établir un règlement d'organisation. Il faudra aussi élaborer l'ordonnance sur les émoluments et l'ordonnance sur les conditions contractuelles du personnel. La planification, en particulier des besoins en technologies de l'information (matériel informatique, logiciels, réseaux, banques de données, etc.) nécessitera beaucoup de travail et de temps.

Le DFF mettra donc en place un groupe de travail, qui sera dirigé par le président de la CFB et chargé de préparer la création de l'AUFIN. Le suivi sera assuré par le DFF, mais le projet sera principalement mis en œuvre par les représentants des trois autorités de surveillance appelées à fusionner et à appliquer la LAUFIN. Il appartiendra à ces trois instances de mettre à disposition les ressources nécessaires pour mener le projet à bien.

L'expérience faite dans le cadre de projets similaires montre que la préparation organisationnelle d'une nouvelle entité doit être entièrement achevée avant la mise en service. Il importe en effet que la phase opérationnelle initiale ne coïncide pas avec des projets de réorganisation. Autrement dit, les dispositions d'exécution et les règlements doivent être approuvés et adoptés avant le lancement des activités opérationnelles.

1.6 Classement d'interventions parlementaires

1.6.1 Postulat 98.3480/Banques exerçant une activité sur le plan international. Prescription concernant les fonds propres

La motion Strahm déposée le 8 octobre 1998 charge le Conseil fédéral de réviser la loi et l'ordonnance sur les banques afin de rendre plus stricte la surveillance de ces dernières et de renforcer les dispositions sur les fonds propres, dans le but de réduire la garantie de l'Etat dont bénéficient implicitement les banques qui opèrent sur le plan international. L'auteur de la motion exigeait également d'inscrire dans la loi le principe selon lequel la CFB pourra prélever les émoluments nécessaires pour financer l'accomplissement de sa tâche de surveillance. Le Conseil national a transmis la motion sous forme de postulat le 24 mars 2000.

L'exigence relative au renforcement des dispositions sur les fonds propres est prise en compte dans les nouvelles directives Bâle II, qui visent à identifier de manière plus exhaustive et plus détaillée les divers risques liés à l'activité bancaire, notamment les risques opérationnels, et à proposer diverses méthodes de calcul par le biais d'un choix de menus pour déterminer les exigences en matière de fonds propres pour les risques de crédit, les risques de marché et les risques opérationnels.

Quant aux ressources de l'autorité de surveillance des marchés financiers, ce point est traité en détail dans le présent projet, de sorte que le postulat peut être classé.

2 Commentaire des articles

2.1 Section 1 Dispositions générales

Art. 1 Objet

Al. 1

L'al. 1 délimite le domaine de compétence de l'AUFIN. Elle devra exercer sa surveillance en se conformant aux textes suivants: loi sur l'émission de lettres de gage, loi sur le contrat d'assurance, loi sur les fonds de placement, loi sur les banques, loi sur les bourses, loi sur le blanchiment d'argent et loi sur la surveillance des assurances. Dans le présent projet, ces textes de loi sont réunis dans l'expression «lois sur les marchés financiers». L'énumération de ces lois concrétise le regroupement des tâches de la CFB, de l'OFAP et de l'Autorité de contrôle LBA, tâches que ces organismes assument pour l'heure séparément.

Al. 2

La présente loi se limite à régler l'organisation de l'AUFIN et à fixer les instruments de surveillance dont celle-ci dispose. Elle ne définit donc pas de manière concrète la surveillance des marchés financiers ni les obligations auxquelles doivent satisfaire les assujettis à la surveillance conformément à l'art. 3, let. a et b (cf. commentaire de l'art. 3 LAUFIN), qui restent l'objet des lois sur les marchés financiers.

Art. 2 Relation avec les lois sur les marchés financiers

L'art. 2 précise la relation entre la LAUFIN et les lois sur les marchés financiers. La LAUFIN s'applique dans la mesure où les lois sur les marchés financiers n'en disposent pas autrement. Si ces lois comprennent des réglementations complémentaires ou divergentes, elles primeront la LAUFIN car elles ont valeur de *leges speciales*.

Art. 3 Assujettis

L'art. 3 donne une définition légale du terme «assujettis» tel qu'il est utilisé dans la LAUFIN. Il s'agit des personnes physiques ou morales qui, selon les lois sur les marchés financiers, doivent obtenir une autorisation, une reconnaissance, un agrément ou un enregistrement (let. a). Le cercle des personnes devant disposer d'une autorisation, d'une reconnaissance, d'un agrément ou d'un enregistrement et les conditions requises pour leur obtention sont régis par les dispositions des lois sur les marchés financiers.

Les placements collectifs de capitaux²⁹ sont également inclus dans la notion d'«assujettis» (let. b). Ils sont expressément mentionnés à la lettre b car ils ne revêtent pas toujours une forme corporative et ne possèdent donc pas nécessairement une personnalité juridique au sens de la let. a.

Bien qu'elles n'exercent aucune activité sur les marchés financiers, les sociétés d'audit comptent également parmi les assujettis (let. c). Dans l'exercice de leurs fonctions en matière de surveillance, elles sont en effet soumises à la surveillance de l'AUFIN selon les lois sur les marchés financiers (cf. explications sous ch. 1.2.10).

Art. 4 Forme juridique, siège et désignation

Al. 1

En tant qu'établissement de droit public doté d'une personnalité juridique propre, l'AUFIN est une unité administrative décentralisée de la Confédération, au même titre que l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle (IPI) ou l'Institut suisse des produits thérapeutiques (Swissmedic). Son siège se trouve à Berne. Ce choix s'explique par la proximité et l'accessibilité des centres financiers suisses (Zurich, Genève et Lugano).

Al. 2

L'autorité porte le nom de «Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (AUFIN)». Ce nom est protégé par le droit des raisons de commerce.

Al. 3

L'AUFIN tient sa propre comptabilité. Celle-ci est incluse dans le compte consolidé de la Confédération, comme le prévoit l'art. 55 de la nouvelle loi du 7 octobre 2005 sur les finances de la Confédération (loi sur les finances, LFC; projet soumis au référendum, FF 2005 5603). Cette présentation des comptes donne une vue d'ensemble de l'état de la fortune, des finances et des revenus de la Confédération. Le compte consolidé permet de plus de mettre en évidence des risques tels que la responsabilité, à titre subsidiaire, de la Confédération en matière de découverts (cf. ch. 1.2.9).

²⁹ Sur ce point cf. FF 2005 6014

L'AUFIN règle elle-même son organisation selon des principes économiques. Cela signifie notamment que son organisation se fonde sur les principes de l'économie d'entreprise. Cette solution garantit une utilisation économe des ressources, un rapport approprié entre coûts et utilité ainsi que l'obtention de l'effet escompté grâce aux dépenses consenties³⁰.

Art. 5 Buts de la surveillance des marchés financiers

La surveillance des marchés financiers a pour but de protéger les créanciers, les investisseurs et les assurés ainsi que de garantir le bon fonctionnement des marchés financiers, et ce conformément aux lois sur les marchés financiers. Ces lois décrivent les buts de la surveillance des marchés financiers de manière différenciée. La loi sur les banques ne contient aucun article qui lui soit exclusivement consacré. Selon l'ancienne acception, la surveillance des banques vise en premier lieu à protéger les créanciers, étant sous-entendu qu'il s'agit d'une protection contre le risque d'insolvabilité ou de manque de liquidités de la banque³¹. Selon la nouvelle acception, la surveillance des banques sert aussi à préserver la confiance du public dans les activités d'intermédiaire financier (protection du fonctionnement des marchés)³². La loi sur les bourses entend également protéger l'individu et le fonctionnement des marchés³³, la protection de l'investisseur n'allant pas tout à fait dans le même sens que dans la loi sur les banques: l'accent est mis non pas sur la protection contre la perte de capitaux, mais contre les privilèges et les abus³⁴. La loi sur les fonds de placement se donne pour seul objectif de protéger les investisseurs (art. 1 LFP), mais il était évident au moment de son adoption que le bon fonctionnement du secteur des placements et la compétitivité de la Suisse dans ce secteur comptaient également parmi les préoccupations du législateur. L'art. 1 du projet de loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux (loi sur les placements collectifs, LPCC) formule expressément ce souci: «La présente loi a pour but de protéger les investisseurs et d'assurer la transparence et le bon fonctionnement du marché des placements collectifs de capitaux (placements collectifs)³⁵». Quant à la loi sur la surveillance des assurances, elle a «notamment pour but de protéger les assurés contre les risques d'insolvabilité des entreprises d'assurance et contre les abus³⁶».

La loi sur le blanchiment d'argent constitue un cas à part. Elle a en effet pour objet, à l'art. 1, de régir la lutte contre le blanchiment d'argent et la vigilance requise en matière d'opérations financières. Du point de vue de la surveillance, on peut affirmer que les prescriptions visant à lutter contre le blanchiment d'argent contribuent à protéger le système financier contre des abus perpétrés par le crime organisé ou le terrorisme, donc à protéger son bon fonctionnement. En effet, les abus dont il est question minent la confiance face aux intermédiaires financiers et entravent ainsi le fonctionnement du système. Les prescriptions relatives à la lutte contre le blanchiment d'argent servent également les intérêts de la poursuite pénale, qui passent

³⁰ Cf. art. 5, al. 2, loi fédérale du 28 juin 1967 sur le Contrôle fédéral des finances (loi sur le Contrôle des finances, LCF; RS **614.0**).

³¹ FF **1934** I 179, FF **1970** I 1158 1161; ATF **99** Ib 110, **116** Ib 193, **121** II 149.

³² ATF **111** Ib 127.

³³ Art. 1 LBVM.

³⁴ Weber Rolf, Börsenrecht: Börsengesetz, Verordnungen, Selbstregulierungserlasse, Zürich 2001 (commentaire 3 s. de l'art. 1 LBVM).

³⁵ Cf. projet de message concernant la loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux, FF **2005** 6032.

³⁶ Art. 1, al. 2, LSA.

d'ailleurs souvent avant ceux de la surveillance des marchés financiers. Cette dichotomie ne nous intéresse toutefois pas ici, puisque l'AUFIN n'assumera que des tâches de surveillance. Si la loi sur le blanchiment d'argent figure à l'art. 5 de la LAUFIN (Objet), c'est dans l'optique de la protection du fonctionnement des marchés.

En résumé, les lois sur les marchés financiers ont toutes pour objectif d'assurer aussi bien une protection de l'individu que du fonctionnement des marchés, mais l'orientation et les effets de cette protection – individuelle en particulier – varient d'une loi à l'autre. Voilà pourquoi la LAUFIN ne peut pas formuler les objectifs de la surveillance des marchés financiers sans se référer expressément aux diverses lois spéciales.

L'art. 5, phrase 2, définit un autre objectif de la surveillance des marchés financiers: maintenir la réputation et la compétitivité de la place financière suisse. Cet objectif sera réalisé notamment grâce à la mise en place d'une surveillance crédible par l'AUFIN. La protection des créanciers, des investisseurs et des assurés contre les risques d'insolvabilité atteindra toutefois un degré optimal si les intermédiaires financiers sont concurrentiels.

Art. 6 Tâches

Al. 1

Dans le cadre de son activité de surveillance, l'AUFIN applique aussi bien les lois sur les marchés financiers que les dispositions de la LAUFIN. Ces dernières valent en principe pour tous les domaines de surveillance (cf. commentaire de l'art. 2).

Al. 2

Pour préserver la réputation et la compétitivité de la place financière suisse au niveau international, l'AUFIN doit aussi assumer des tâches qui relèvent de la politique internationale à l'égard de la place financière.

A l'instar des organes dont elle est appelée à prendre la succession, l'AUFIN siègera au sein d'organisations internationales qui se consacrent à la surveillance des marchés financiers (p.ex. Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, Organisation internationale des commissions de valeurs [*International Organisation of Securities Commissions*, OICV/IOSCO], Association internationale des autorités de surveillance des assurances [*International Association of Insurance Supervisors*, IAIS], Forum conjoint [Collège des autorités de surveillance sur les papiers-valeur, les assurances et les banques pour les questions intersectorielles de la surveillance]).

La représentation de l'AUFIN au sein des organisations susmentionnées se fera toujours d'entente avec le DFF, chargé de coordonner la politique internationale relative à la place financière suisse. En ce qui concerne sa collaboration au sein des organisations internationales, l'AUFIN conviendra avec le DFF de l'attitude à adopter notamment si ces organisations élaborent des normes revêtant une importance décisive pour le secteur financier suisse. L'AUFIN et le DFF peuvent régler les modalités de leur collaboration dans le cadre d'un accord.

Vu l'activité des assujettis opérant au niveau mondial et l'interdépendance des marchés financiers, les autorités de surveillance se doivent de collaborer étroitement au niveau bilatéral. Cette collaboration est le plus souvent informelle, mais peut

prendre la forme d'échange de lettres ou d'accords (ou mémorandums d'entente) non contraignants.

Art. 7 Principes de réglementation

Al. 1

L'al. 1 décrit les formes de réglementation à la disposition de l'AUFIN. D'une part la législation sur les marchés financiers, en particulier les lois sur les marchés financiers³⁷, la LAUFIN et leurs ordonnances d'exécution délèguent expressément des compétences législatives à l'autorité de surveillance. D'autre part, la pratique de la CFB et de l'Autorité de contrôle LBA a démontré l'efficacité de la circulaire. Les circulaires permettent à l'autorité de surveillance d'expliquer comment elle va appliquer les lois sur les marchés financiers. Elles ne sont toutefois pas des actes législatifs, c'est-à-dire des dispositions générales et abstraites d'application directe, qui définissent les obligations des assujettis, leur confèrent des droits ou leur attribuent des compétences³⁸. Lorsqu'un assujetti estime qu'une circulaire est contraire au droit ou inappropriée dans un cas concret d'application, il peut donc la contester devant les tribunaux, en invoquant le fait qu'elle n'est pas applicable ou qu'il n'est pas tenu de l'appliquer.

Al. 2

L'AUFIN ne doit réglementer que dans la mesure où les buts visés par la surveillance le requièrent. La loi énumère les principaux critères et principes que l'AUFIN doit alors respecter: les coûts que la réglementation entraîne pour les assujettis, ainsi que les effets de la réglementation sur la concurrence entre les assujettis, sur la capacité d'innovation et la compétitivité de la place financière au plan international en général. L'AUFIN doit de plus tenir compte des différentes activités des assujettis et des risques qu'ils encourent. Une réglementation différenciée, prenant en considération les spécificités des assujettis, doit garantir la proportionnalité de la surveillance. Cette réglementation doit d'ailleurs également respecter les standards minimaux internationaux.

La liste des principes énumérés à l'al. 2 n'est pas exhaustive. Par ailleurs, leur application stricte risquerait d'engendrer des conflits entre plusieurs objectifs. Le respect de normes internationales pourrait par exemple plaider en faveur d'une réglementation, alors que la prise en considération des coûts de son application irait à son encontre. Dans un tel cas, l'AUFIN doit peser les intérêts en présence et, dans le cadre de sa marge de manœuvre, opter pour la solution optimale.

Al. 3

L'autorégulation a fait ses preuves dans le secteur financier: notamment les banques, les fonds de placement, les bourses et les organes de lutte contre le blanchiment d'argent se sont dotés de systèmes efficaces d'autorégulation³⁹. L'inscription de ce principe dans la loi et son interaction avec la surveillance des marchés financiers

³⁷ P.ex. art. 4, al. 2, LB (Fonds propres des banques), art. 41 LBA (Exécution de la loi sur le blanchiment d'argent).

³⁸ Art. 22, al. 4, LParl.

³⁹ Thévenoz Luc / Zulauf Urs, BF 2005, Réglementation et autoréglementation des banques, bourses, négociants, fonds de placement, assurances et marchés financiers [en Suisse], Zurich, 2005.

varient toutefois selon le secteur considéré. La LAUFIN ne modifie en rien cette situation. Elle oblige simplement l'AUFIN à favoriser l'autorégulation et à lui laisser toute la latitude nécessaire. Selon la pratique qui a fait ses preuves jusqu'ici, l'AUFIN aura de plus la compétence de reconnaître l'autorégulation comme standard minimum et de la mettre en œuvre dans le cadre de ses attributions de surveillance.

Al. 4

L'AUFIN assure un processus de réglementation transparent, qui doit inclure de manière appropriée les milieux concernés. Elle fera donc connaître suffisamment tôt son intention de réglementer, pour que ces milieux puissent s'y préparer. En effet, leur participation au processus de réglementation (p.ex. par des débats de fond sur diverses variantes, une information régulière, des consultations, des groupes de travail mixtes) a jusqu'ici fait ses preuves et permis d'éviter l'adoption d'une réglementation par trop éloignée de la pratique. Soulignons que la réglementation ne concerne pas seulement les assujettis, mais aussi leurs clients, qui devraient donc, dans la mesure du possible, prendre part au processus de réglementation.

Al. 5

La LAUFIN ne définit qu'un cadre très général pour l'activité de réglementation, car il ne serait pas judicieux de détailler les différents principes dans une loi. Il appartiendra à l'AUFIN de s'en charger en édictant des directives. Pour ce faire, elle se concertera avec le DFF qui est chargé d'élaborer les lois, de même que les ordonnances qui émanent du Conseil fédéral. Elle prendra par ailleurs en considération le projet de lignes directrices applicables à la réglementation des marchés financiers, de septembre 2005, élaboré par l'Administration fédérale des finances (AFF), la CFB et l'OFAP.

Bien que les lignes directrices applicables à la réglementation des marchés financiers aient été préparées presque en même temps que le présent message, celui-ci tient compte des principes qu'elles contiennent. Ainsi, le chapitre 3.3 fournit des explications relatives aux conséquences économiques du présent projet, notamment pour ce qui est des coûts et des avantages de l'AUFIN.

2.2 Chapitre 2 Organisation

2.2.1 Section 1 Organes et personnel

Art. 9 Conseil d'administration

Sur les trois autorités de surveillance appelées à fusionner, seule la CFB présente une organisation similaire à celle prévue pour l'AUFIN. Dans sa version actuelle, la loi sur les banques ne prévoit toutefois pas de distinction entre directions stratégique et opérationnelle au sein de la CFB, mais part de l'idée que la commission prend toutes les décisions qui s'imposent⁴⁰. Dans la pratique, la CFB délègue cependant d'importantes compétences décisionnelles à ses diverses chambres, voire à son

⁴⁰ Art. 23^{bis}, al. 1, LB.

secrétariat pour les affaires de moindre importance (cf. ch. 1.2.4)⁴¹. Le conseil d'administration de l'AUFIN ne sera en principe responsable que des aspects et des décisions stratégiques. Il sera donc largement déchargé des affaires courantes et pourra se consacrer à la gestion à long terme de l'AUFIN.

Al. 1

Let. a

Le conseil d'administration fixe les objectifs stratégiques de l'AUFIN et les soumet au Conseil fédéral pour approbation. Ces objectifs comprennent notamment la définition de priorités dans les activités de l'AUFIN, la planification des ressources et du personnel et le développement de la gestion administrative de l'AUFIN. Il appartiendra à l'AUFIN de définir la portée et la précision des objectifs stratégiques qu'elle se donnera. Ils devront toutefois être rendus publics une fois approuvés par le Conseil fédéral.

Let. b

Par rapport au projet des experts (cf. ch. 1.3.2), le projet de loi renforce le rôle du conseil d'administration. Le conseil d'administration doit par exemple statuer sur les affaires de grande portée, qui revêtent dès lors une importance stratégique. Autrement dit, il lui appartient en particulier de prendre les décisions de grande portée préjudicielle ou entraînant de graves conséquences pour l'économie ou la politique de surveillance (telle la fermeture d'une grande banque ou entreprise d'assurance). Dans ce cas, il agira sur proposition de la direction. Les compétences du conseil d'administration peuvent par ailleurs inclure des décisions concernant le personnel ou l'acquisition d'importants moyens technologiques.

Le conseil d'administration définira la répartition des compétences – entre lui-même et la direction – dans le règlement d'organisation. Cette répartition ne crée pas de droits pour des tiers. Les parties concernées n'auront donc pas le droit d'exiger une décision du conseil d'administration plutôt que de la direction, par exemple.

Let. c

Les compétences stratégiques, telle la réglementation, font partie des tâches centrales du conseil d'administration. Il lui appartiendra donc d'édicter les ordonnances et d'adopter les circulaires et il sera appelé à donner son avis sur les projets de loi et d'ordonnance qui lui seront soumis par la Confédération.

Let. d et e

A certains égards, le conseil d'administration exercera aussi des fonctions de contrôle: afin de contrebalancer les pouvoirs de la direction dans la gestion des affaires courantes, le conseil d'administration supervisera ses activités. A cet effet, il instituera notamment un organe de révision interne qui lui sera directement subordonné.

La révision interne et d'autres mécanismes de contrôle permettront au conseil d'administration de faire respecter le règlement d'organisation, de déceler les abus et d'y mettre un terme. S'il met au jour des problèmes au sein de l'organisation ou de

⁴¹ Cf. art. 51a, al. 2, OB et art. 9, al. 4, Règlement du 20 novembre 1997 de la Commission fédérale des banques (R-CFB; RS **952.721**).

la gestion de l'AUFIN et que la direction n'est pas en mesure d'y remédier, il lui appartiendra de prendre les mesures qui s'imposent.

Let. f

Le conseil d'administration élabore le rapport d'activités et le soumet pour approbation au Conseil fédéral avant de le publier. Le Conseil fédéral peut refuser de donner son approbation, s'il n'est pas d'accord avec les points constitutifs du rapport.

Le contenu du rapport est réglé conformément au code des obligations (art. 662 CO). Le rapport d'activité présentera d'une part les activités de l'année écoulée, ce qui en fait un rapport de gestion, et d'autre part des données statistiques sur les affaires traitées (rapport annuel) ainsi que les comptes annuels.

L'approbation du rapport d'activités par le Conseil fédéral ne décharge aucunement le conseil d'administration de sa responsabilité au sujet des faits que le rapport présente.

Let. g

Le conseil d'administration nomme le directeur de l'AUFIN. Son choix, de même que la dissolution éventuelle de ses rapports de travail par le conseil d'administration, doivent être approuvés par le Conseil fédéral.

Let. h

Le conseil d'administration définit la taille de la direction et nomme ses membres. Le cas échéant, il est donc aussi compétent pour révoquer des membres de la direction.

Let. i

Le projet de loi se contente de fixer les grandes lignes de l'organisation de l'AUFIN, sans fournir de précisions sur ses structures. L'AUFIN jouira donc d'une grande liberté dans ce domaine. L'une des principales tâches du conseil d'administration consistera dès lors à définir la structure de l'AUFIN dans un règlement d'organisation. Il sera également appelé à décider de la composition de la direction et de la répartition des différents secteurs entre des unités organisationnelles. Le Conseil fédéral part du principe que les secteurs s'occupant notamment de la surveillance des banques, des assurances ainsi que la lutte contre le blanchiment d'argent constitueront leurs propres unités organisationnelles.

Al. 2

Le conseil d'administration étant appelé à statuer sur des affaires de grande portée (cf. al. 1, let. b), ses membres doivent être indépendants des assujettis. Un de ses membres ne peut donc pas appartenir à la direction, voire présider le conseil d'administration, d'un établissement soumis à surveillance. Des exigences excessives en matière d'indépendance risquent cependant de limiter grandement le choix des personnes susceptibles d'assumer la lourde tâche consistant à surveiller les marchés financiers et de priver l'AUFIN du professionnalisme nécessaire. En effet, il est essentiel que les membres du conseil d'administration connaissent parfaitement les différents domaines concernés. C'est dire qu'ils doivent disposer d'une expérience pratique ou scientifique de ces domaines, expérience qu'ils n'auront pu acquérir qu'en travaillant auprès de l'un des établissements assujettis. La composition du conseil d'administration doit de plus respecter l'ordonnance du 3 juin 1996

sur les commissions extra-parlementaires, les organes de direction et les représentants de la Confédération (ordonnance sur les commissions; RS 172.31).

Les membres du conseil d'administration peuvent être confrontés à un conflit d'intérêts, en particulier lors de décisions portant sur des cas particuliers. Le conseil d'administration devra dès lors fixer dans le règlement d'organisation les conditions auxquelles l'un de ses membres doit se récuser, ainsi que les mandats et les engagements qui devront être annoncés (mandat de conseiller ou d'avocat, participation financière dans un établissement assujetti, etc.).

Al. 3

Le Conseil fédéral fixe les indemnités des membres du conseil d'administration. Il se fondera en l'occurrence sur l'art. 6a de la loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (LPers; RS 172.220.1) et sur l'ordonnance du 19 décembre 2003 sur la rémunération et sur d'autres conditions contractuelles convenues avec les cadres du plus haut niveau hiérarchique et les membres des organes dirigeants des entreprises et des établissements de la Confédération (ordonnance sur les salaires des cadres; RS 172.220.12).

Al. 4

En raison de l'étendue des activités de l'AUFIN et pour préserver l'équilibre institutionnel, la présidence est un emploi à plein temps. Le président ne peut exercer aucune autre activité économique ni remplir aucune fonction pour le compte de la Confédération ou d'un canton, sauf si elle est utile à l'accomplissement des tâches de l'AUFIN. Enseigner dans une université ou dans une haute école ne serait donc pas incompatible avec la fonction de président.

Art. 10 Direction

La direction a la compétence de signer toutes les décisions, pour autant que le règlement d'organisation n'attribue pas cette compétence au conseil d'administration ou à une unité organisationnelle inférieure. Lorsque la compétence de signer est déléguée à une instance inférieure, celle-ci rendra la décision au nom de l'AUFIN. Cette délégation de compétence ne crée pas un droit de recours à la direction. Celle-ci doit par ailleurs élaborer les bases des décisions du conseil d'administration, lui rendre régulièrement compte de la situation et, dans des situations particulières, l'avertir sans délai.

Art. 11 Représentation des domaines spécialisés

L'AUFIN doit s'organiser de manière à assumer sa tâche de surveillance de manière adéquate et en utilisant au mieux ses ressources. C'est pourquoi le projet de loi renonce à inscrire dans la loi la répartition des tâches entre plusieurs unités organisationnelles et les droits de signature. Ces différents points seront fixés dans le règlement d'organisation de l'AUFIN.

La loi exige cependant que les différents domaines soient représentés de manière appropriée au sein du conseil d'administration et de la direction. L'instance chargée de nommer ces organes (le Conseil fédéral et, respectivement, le conseil d'administration) doivent dès lors veiller à ce que les organes dirigeants disposent des connaissances spécifiques nécessaires. Il incombe par ailleurs à la direction de veiller à ce que le personnel possède les qualifications requises.

Art. 12 Organe de révision

L'organe de révision de l'AUFIN est le Contrôle fédéral des finances (CDF). Le choix du CDF s'impose, puisque l'AUFIN doit parfois recourir à des sociétés d'audit pour exécuter ses tâches (cf. ch. 1.2.10). Ces sociétés étant le plus souvent des entreprises du secteur de la révision, faire appel à un organe de révision privé engendrerait inévitablement des conflits d'intérêts.

Le mandat de l'organe de révision ainsi que la forme de son rapport sont régis par les dispositions récemment approuvées du code des obligations⁴². Conformément à l'art. 728, al. 1, nCO, il est fait au conseil d'administration un rapport détaillé relatif au résultat du contrôle. En revanche, seul un résumé du rapport (art. 728b, al. 2, nCO) est transmis au Conseil fédéral.

Art. 13 Personnel

Al. 1

Pour bénéficier d'une plus grande souplesse, l'AUFIN engage son personnel sur la base d'un contrat de droit privé. Les contrats de travail sont donc régis par le code des obligations (art. 319 ss CO). Il s'ensuit que les litiges relatifs au droit du travail sont jugés par un tribunal civil (cf. art. 6, al. 7, LPers).

Al. 2

Le conseil d'administration fixe la rémunération, les prestations annexes et les autres conditions contractuelles dans une ordonnance. La LAUFIN utilise des termes – «rémunération», «prestations annexes» et «autres conditions contractuelles» – tirés de l'ordonnance sur les salaires des cadres, que celle-ci décrit plus en détail⁴³: sont ainsi réputées prestations annexes toutes les prestations en espèces versées en sus du salaire, telles que les bonifications⁴⁴. Par autres conditions contractuelles, il faut entendre les délais de résiliation du contrat de travail ou les indemnités de départ⁴⁵. L'ordonnance sur le personnel peut toutefois déborder du cadre d'application de l'ordonnance sur les salaires des cadres, car elle fixe dans le détail les principales conditions requises par la conclusion du contrat de travail fondé sur le droit privé.

L'ordonnance doit être approuvée par le Conseil fédéral. Cette réserve s'explique par le fait que les activités de l'AUFIN relèvent de la souveraineté de la Confédération. Il est donc logique que le Conseil fédéral exerce un certain contrôle sur les conditions d'engagement du personnel, afin d'éviter l'apparition d'écarts injustifiés par rapport au reste du personnel de la Confédération. Cette prérogative lui permet par ailleurs de veiller à ce que les conditions d'engagement respectent les exigences économiques et politiques.

Al. 3

Les contrats des cadres du plus haut niveau hiérarchique sont régis à la fois par l'art. 6a LPers et par l'ordonnance sur les salaires des cadres, qui règle entre autres la rémunération, les conditions contractuelles et les prestations annexes. Le conseil

⁴² Projet soumis au référendum, FF **2005** 6809.

⁴³ Art. 3, 5 et 6 ordonnance sur les salaires des cadres.

⁴⁴ Art. 5 ordonnance sur les salaires des cadres.

⁴⁵ Art. 6 ordonnance sur les salaires des cadres.

d'administration doit tenir compte de ces principes lors de l'élaboration de l'ordonnance et les y inclure en les adaptant aux besoins spécifiques de l'AUFIN.

Al. 4

La prévoyance professionnelle du personnel est régie par la législation sur la Caisse fédérale de pensions. En ce qui concerne la prévoyance professionnelle, l'AUFIN est l'employeur au sens de la législation sur PUBLICA⁴⁶. Il n'est toutefois pas absolument obligatoire de s'affilier. Au contraire, la loi permet à l'AUFIN d'assurer éventuellement son personnel, conformément toutefois à la législation en vigueur régissant PUBLICA, auprès d'une autre institution de prévoyance. Le retrait de PUBLICA doit toutefois être approuvé au préalable par le Conseil fédéral⁴⁷. Conformément à la nouvelle loi sur PUBLICA, l'AUFIN se voit dotée de sa propre caisse de prévoyance.

Art. 14 Secret de fonction

Al. 1

Le secret de fonction porte sur toutes les informations qui n'appartiennent pas au domaine public ou ne sont pas accessibles au public et pour lesquelles l'AUFIN ou des tiers, en relation juridique avec l'AUFIN, peuvent motiver l'intérêt au secret. L'obligation de se taire porte également sur les constatations ou les observations faites dans le cadre des activités de l'AUFIN. Celle-ci doit en particulier prendre en considération l'intérêt au secret des assujettis, notamment leur secret d'affaires ainsi que le secret professionnel, tels que le secret bancaire défini à l'art. 47 LB. Les violations du secret de fonction sont punissables conformément à l'art. 320 du code pénal suisse (CP; RS 311.0).

Al. 3

Le règlement d'organisation fixera la compétence en matière de levée du secret de fonction. Cette compétence sera en principe attribuée à une instance supérieure au sein de l'AUFIN. Aux termes de l'art. 320, ch. 2, CP, celle-ci statue sur la levée du secret de fonction, conformément à la pratique de la CFB. Lorsqu'il s'agit de délier du secret un membre du conseil d'administration, le conseil décide lui-même, en l'absence du membre concerné.

Al. 4

Le secret de fonction s'applique également aux personnes mandatées (cf. commentaire de l'art 19, al. 1, LAUFIN) par l'AUFIN.

⁴⁶ Art. 4, al. 1, du projet de loi fédérale régissant la Caisse fédérale de pensions (projet de loi relative à PUBLICA) en relation avec l'art. 32b, al. 2, de la modification de la loi sur le personnel de la Confédération (P-LPers, FF 2005 5457), cf. actuel art. 3, let. c, de la loi fédérale du 23 juin 2000 régissant la Caisse fédérale de pensions (loi sur la CFP, RS 172.222.0).

⁴⁷ Art. 32a, al. 2 et art. 32/P-LPers (FF 2005 5457), cf. actuel art. 9 de la loi sur la CFP.

Art. 15 Financement

L'art. 15 LAUFIN reprend en grande partie, en les résumant, les réglementations existantes sur le financement des trois autorités de surveillance (art. 23^{octies} LB, art. 50 LSA, art. 22 LBA). Ces règles se caractérisent par le fait que les coûts de la surveillance des marchés financiers sont entièrement couverts par les assujettis. L'AUFIN perçoit dès lors des émoluments pour chaque procédure de surveillance et pour les prestations qu'elle fournit. Pour financer les coûts non couverts par les émoluments, elle perçoit des assujettis une taxe annuelle, appelée taxe de surveillance.

La taxe de surveillance couvre les coûts de l'AUFIN qui ne peuvent être attribués individuellement à un assujetti, mais aux assujettis en tant que groupe. Ce prélèvement se justifie par la congruence entre le cercle des assujettis à la taxe et celui des personnes qui bénéficient de l'utilisation de cette taxe (équivalence collective qualifiée)⁴⁸. La taxe annuelle forfaitaire destinée à financer la surveillance peut être qualifiée de taxe causale fondée sur l'équivalence collective: conformément au principe de causalité, les taxes perçues auprès d'un groupe précis d'assujettis couvrent les frais de surveillance que ce dernier occasionne.

Dans le domaine de la surveillance des assurances et des banques, le prélèvement de taxes de surveillance n'a, pendant des années, suscité aucune critique. Depuis quel que temps, des voix se sont cependant élevées pour s'enquérir des bases légales de ce système et ont donné lieu à des discussions. Le Conseil fédéral estime que ces taxes peuvent, contrairement aux impôts, être définies explicitement dans une base légale formelle, dont la compétence exclusive relève de la Confédération (cf. art. 95 et 98 Cst.).

Al. 1

L'al. 1 indique que les émoluments prélevés servent à financer non seulement les prestations de l'AUFIN, mais aussi chaque procédure de surveillance. On a opté pour l'expression «chaque procédure de surveillance» pour tenir compte des cas dans lesquels la procédure ne débouche sur aucune décision formelle, voire lorsqu'elle s'achève par une suspension. Si la décision de suspendre la procédure n'engage que peu de frais, l'enquête qui l'a précédée peut s'avérer coûteuse. Grâce à la formulation choisie, cette enquête pourra aussi être financée par des émoluments. Ce système de couverture des coûts pourrait également se justifier par l'application du principe selon lequel les frais de procédure sont imputés à la partie déboutée ou susceptible de l'être⁴⁹.

Comme c'est le cas dans le système actuel, les émoluments et les taxes doivent couvrir la totalité des frais de l'AUFIN. Ceux-ci comprennent, outre les coûts directs engendrés par l'exercice de la surveillance, les coûts indirects néanmoins liés au mandat de surveillance, à savoir les études préparatoires et la collaboration dans le domaine législatif, les tâches internationales (art. 6, al. 2, LAUFIN), la surveillance des marchés et l'attribution de montants appropriés à la constitution de réserves⁵⁰.

⁴⁸ Cf. JAAC 64.25, p. 355 ss.

⁴⁹ Cf. ATF 128 II 247 ss.

⁵⁰ Cf. ATF 125 I 457, consid. 3 b. ss.

Les coûts qui ne sont pas couverts par des émoluments doivent, dans la mesure du possible, être répartis entre les secteurs d'activités soumis à surveillance, c'est-à-dire financés par la taxe de surveillance proportionnellement à la part que chacune des catégories d'assujettis occupe dans les dépenses consacrées aux tâches générales de surveillance. On évite ainsi que les assujettis d'un secteur ne cofinancent des dépenses générales qui relèvent d'un autre secteur.

Al. 2

L'al. 2 énumère les critères du calcul de la taxe de surveillance pour les divers secteurs. Ces critères comprennent plusieurs indicateurs qui caractérisent le volume des activités commerciales: total du bilan, volume des transactions, recette totale des primes, produit brut, taille de l'entreprise, etc. Le coût général de la surveillance – non imputable individuellement – est ainsi mis en rapport avec le volume des activités commerciales des assujettis. Il est logique de fonder la répartition individuelle des coûts sur ce volume, car l'on peut supposer que la surveillance de grandes entreprises exige plus de personnel de la part de l'autorité de surveillance que celle d'entreprises de plus petite taille. Pour les intermédiaires d'assurance mentionnés à l'art. 43, al. 1, LSA, il est également possible de considérer leur nombre comme critère de calcul.

Al. 3

L'al. 3 permet, lors de l'élaboration de l'ordonnance d'application, de subdiviser la taxe de surveillance revenant à l'AUFIN en une taxe de base fixe et une taxe complémentaire variable, comme c'est notamment le cas dans le secteur bancaire. La taxe de base doit couvrir les dépenses de base de la surveillance, c'est-à-dire les dépenses annuelles récurrentes dont le montant ne varie guère selon l'entreprise, quel que soit le volume des activités. L'al. 1 prévoyant un prélèvement de la taxe de surveillance en fonction du secteur d'activités, cette différenciation peut s'appliquer également à la taxe de base et à la taxe complémentaire. Le montant de la taxe fixe peut être différencié non seulement en fonction du secteur d'activités, mais le cas échéant aussi en fonction des sous-groupes au sein d'un même secteur.

Al. 4

C'est le Conseil fédéral qui est chargé de régler les détails par voie d'ordonnance, car il ne s'agit pas de la simple exécution de dispositions légales, mais de créer une structure d'application qui s'inscrit dans la marge de manœuvre ménagée par l'art. 15. Selon l'al. 4, let. a, il appartiendra donc au Conseil fédéral de définir le cadre temporel des calculs, c'est-à-dire de décider s'ils doivent se fonder sur les coûts de l'exercice annuel (y compris d'éventuelles avances) ou sur ceux de l'année précédente.

Le Conseil fédéral délimitera par ailleurs les domaines de surveillance à distinguer dans le système de financement (al. 4, let. b). Ces domaines ne doivent toutefois pas nécessairement coïncider avec les unités organisationnelles créées au sein de l'AUFIN.

Le Conseil fédéral fixera également la répartition entre les domaines de surveillance des coûts à financer via la taxe de surveillance. Cette répartition concerne en particulier les dépenses à caractère général, ne pouvant être imputées directement à un domaine spécifique, mais à l'ensemble de ces domaines. En ce qui concerne les émoluments, la définition des tarifs n'a pas besoin d'être expressément déléguée au

Conseil fédéral. Celui-ci peut en effet les fixer en se fondant directement sur l'art. 46a de la loi fédérale du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA; RS 172.010).

Art. 16 Réserves

Pour garantir son équilibre financier à moyen et à long terme, l'AUFIN doit se doter de réserves correspondant à ses activités et provenant du produit des émoluments et des taxes. Ces réserves lui serviront non seulement à contrer les risques imprévus et à compenser les variations de ses revenus, mais aussi à financer ses investissements (p.ex. équipement informatique et mobilier). Par ailleurs, l'AUFIN doit non seulement être en mesure de faire face à ses tâches ordinaires, mais aussi à des événements imprévus, tel un cas engageant sa responsabilité (cf. ch. 1.2.9). En matière de réserves, elle se doit dès lors de mener une politique judicieuse fondée sur le coût de ses activités courantes, c'est-à-dire qu'elle devrait disposer de réserves d'un montant équivalent à un budget annuel moyen. A l'heure actuelle, on peut estimer ce montant à quelque 50 millions de francs (soit la somme des budgets de la CFB, de l'OFAP et de l'Autorité de contrôle LBA). La constitution de ces réserves prendra à l'évidence un certain temps – une période de 10 ans paraît raisonnable, de sorte que la charge qui en résulte pour les assujettis sera économiquement supportable.

Art. 17 Trésorerie

L'AUFIN confie la gestion de ses liquidités à la Trésorerie centrale de la Confédération, qui pourra lui accorder des prêts afin d'assurer sa solvabilité. Ces prêts seront versés sur un compte courant de l'AUFIN auprès de la Confédération. A l'inverse, l'AUFIN placera ses fonds excédentaires auprès de la Confédération, qui lui versera des intérêts correspondant à ceux du marché. La Confédération et l'AUFIN fixeront les modalités de cette collaboration dans une convention. L'intégration au sein de la Trésorerie centrale permet notamment d'éviter les conflits d'intérêts. En tant qu'autorité de surveillance, l'AUFIN ne doit pas placer son argent ou contracter des prêts auprès d'un de ses assujettis.

Art. 18 Etablissement des comptes

Les comptes de l'AUFIN doivent présenter un état complet de la fortune, des finances et des revenus. Ils seront établis selon les principes de l'importance, de la clarté, de la continuité et de la présentation du produit brut et se fonderont sur des normes généralement reconnues. Le conseil d'administration élaborera un règlement sur l'établissement des comptes dans le respect de ces principes; ce règlement sera publié.

Art. 19 Responsabilité

Al. 1

La responsabilité de l'AUFIN, de ses organes et de son personnel est essentiellement régie par la loi sur la responsabilité. Ce principe s'applique également à la responsabilité pénale des organes et du personnel de l'AUFIN⁵¹.

⁵¹ Art. 19, al. 2, LRCF

Dans la mesure où d'autres personnes sont directement chargées de tâches relevant du droit public, leur responsabilité découle également de la loi sur la responsabilité (art. 1, al. 1, let. f, LRCE). Il s'agit de personnes mandatées par l'AUFIN, par exemple des chargés d'enquête selon l'art. 36 LAUFIN, des délégués à l'assainissement selon l'art. 28 LB, des liquidateurs selon l'art. 23^{quinties}, al. 1, LB, ou des tiers auxquels il est fait appel selon l'art. 47, al. 2, LSA. Tous sont désignés par le terme générique «personnes mandatées».

Les sociétés d'audit ne comptent pas parmi les personnes chargées de tâches de droit public, puisque leur tâche découle d'un mandat de droit privé attribué par les assujettis à la surveillance.

Al. 2

Let. a

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, un acte dommageable est considéré comme illicite soit lorsqu'il porte atteinte à un bien juridique absolu tel que la vie, l'intégrité corporelle, la liberté, la personnalité ou la propriété, soit lorsqu'il cause un dommage matériel en raison de la violation d'une norme destinée à protéger le bien atteint⁵². Dans le cas des droits absolus, l'illicéité existe du simple fait de leur atteinte. L'illicéité réside dans l'obtention d'un résultat réprouvé (on parle dans ce cas d'illicéité de résultat). Le patrimoine ne constituant pas un droit absolu, les atteintes qui leur sont portées ne sont illicites que lorsqu'elles résultent de la violation de normes de protection (on parle alors d'illicéité de comportement). De plus, la norme enfreinte doit viser expressément la protection du bien lésé⁵³.

Le comportement illicite réside soit dans l'accomplissement d'un acte soit dans une omission. Une omission n'est considérée comme illicite que lorsque la loi impose un devoir d'agir, que ce devoir vise à défendre les intérêts du lésé et qu'il résulte d'une prescription de protection en sa faveur. La personne ou le service responsable du dommage doit avoir une position de garant l'égard du lésé: en cas d'omission, l'illicéité présuppose donc une violation des devoirs de fonction.

Dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, une violation grave des devoirs de fonction doit par ailleurs avoir été commise pour qu'une atteinte résultant d'une décision officielle (acte juridique), qui s'avère injuste par la suite, engage la responsabilité de l'Etat. L'illicéité dans l'exercice d'une fonction n'existe donc que lorsqu'une faute particulière est commise; tel n'est pas le cas du simple fait qu'une décision s'avère ultérieurement injuste, contraire au droit, voire arbitraire. Un acte illicite engageant la responsabilité de l'Etat n'est en effet perpétré que lorsque le juge ou l'employé fédéral a violé l'un des devoirs essentiels de sa fonction et a ainsi commis une faute inexcusable, dont ne se serait pas rendue coupable une personne pleinement consciente de ses obligations⁵⁴.

Dans le cas de l'AUFIN, le principe selon lequel la responsabilité d'une institution publique est engagée en cas de violation d'un devoir essentiel de fonction ne s'applique pas uniquement aux actes juridiques, mais à l'ensemble des activités de l'autorité de surveillance, soit de ses organes et de son personnel ainsi que des personnes mandatées par l'AUFIN (cf. ch. 1.2.9). Pour l'AUFIN et les personnes

⁵² ATF 123 II 577, 118 Ib 473 ss; 116 Ib 367 ss.

⁵³ ATF 118 Ib 476 s.

⁵⁴ ATF 123 II 577 E. 4d/dd; 120 Ib 248 E. 2b; 119 Ib 208 E. 5a et b; 118 Ib 163 E. 2, et références.

qu'elle a mandatées, la portée du critère de l'illicéité est donc restreinte, tandis que l'on introduit la notion de la violation grave des devoirs de fonction. La responsabilité de l'AUFIN et des personnes qu'elle a mandatées ne sera ainsi engagée que si elles commettent une faute manifeste dans l'accomplissement de leurs tâches, par exemple si, de toute évidence, elles interviennent trop tard ou qu'elle n'interviennent pas du tout en cas de difficultés d'un assujetti. Cette limitation de la responsabilité se justifie en raison des énormes risques inhérents au travail de surveillance et à la complexité de cette tâche.

Let. b

Par ailleurs, l'AUFIN et les personnes qu'elle a mandatées ne doivent pas être tenues responsables des fautes commises par des assujettis. C'est la raison pour laquelle la let. b précise que l'AUFIN ou les personnes qu'elle a mandatées ne sont responsables que des dommages qui ne découlent pas de violation des devoirs (p.ex. violation des dispositions en matière de surveillance ou des obligations de diligence relevant du droit privé) commises par un assujetti. La violation d'un devoir de la part d'un assujetti exclut, selon la let. b, la responsabilité de l'AUFIN et des personnes qu'elle a mandatées, même si celles-ci ont enfreint des devoirs essentiels de fonction dans le cadre de la surveillance.

De l'avis du Conseil fédéral, l'exclusion de la responsabilité en cas de violation de leurs devoirs par les assurés se justifie tout particulièrement dans le domaine de la surveillance des marchés financiers. Les intervenants de ce secteur sont certes soumis à une surveillance, mais ils n'en doivent pas moins pouvoir agir sous leur propre responsabilité. On ne peut dès lors pas exiger de la surveillance, et par-là de l'Etat, d'assumer toute la responsabilité des dommages causés par un assujetti ayant contrevenu aux obligations. D'autant moins qu'il s'agit de sommes parfois énormes que l'ensemble des assujettis et, de manière subsidiaire, la collectivité, seraient appelés à prendre en charge.

Art. 20 Exonération fiscale

Conformément à l'art. 62d LOGA, la Confédération ainsi que ses établissements, entreprises et fondations non autonomes sont exempts de tout impôt cantonal ou communal.

Voici les règles qui s'appliquent à l'imposition fiscale par la Confédération: l'AUFIN est assujettie à la taxe sur la valeur ajoutée selon l'art. 23 de la loi fédérale du 2 septembre 1999 sur la valeur ajoutée (loi sur la TVA, LTVA, RS 641.20) lorsqu'elle fournit des prestations en vertu du droit privé et en concurrence avec d'autres prestataires privés. Le législateur a par ailleurs renoncé à exonérer la Confédération et ses établissements de l'assujettissement subjectif à l'impôt anticipé et aux droits de timbre. Voilà pourquoi la loi fédérale du 13 octobre 1965 sur l'impôt anticipé (LIA; RS 642.21) et la loi fédérale du 27 juin 1973 sur les droits de timbre (LT; RS 641.10) demeurent réservées.

*Art. 21**Al. 1*

Cette disposition consacre l'autonomie de l'AUFIN. Ni le Conseil fédéral ni les Chambres fédérales n'ont le pouvoir de lui donner des instructions. Les décisions de l'AUFIN ne peuvent donc être attaquées que par la voie du recours de droit administratif ouverte aux personnes concernées, procédure qui garantit un contrôle judiciaire. A cela près, l'AUFIN exerce ses activités en toute indépendance.

Al. 2

Il apparaît néanmoins indiqué de prévoir dans la loi la tenue d'entretiens réguliers, au moins une fois l'an, entre l'AUFIN et le Conseil fédéral. Ces entretiens constituent en effet un instrument essentiel pour la stratégie de propriétaire du Conseil fédéral. Ils lui donnent en effet l'occasion d'examiner la stratégie de l'AUFIN avec les organes de celle-ci, de débattre des problèmes survenus lors de l'accomplissement des tâches de surveillance ou d'évoquer des questions générales relevant de la politique à l'égard de la place financière. De tels entretiens ont aussi lieu régulièrement entre le Conseil fédéral et la BNS et ils se sont révélés fort utiles (art. 7, al. 1, LBN). L'AUFIN est libre de décider qui, parmi ses collaborateurs, la représentera à ces entretiens, mais sa délégation sera à coup sûr conduite par le président du conseil d'administration. Pour le reste, sa composition sera établie en fonction des besoins. Le Conseil fédéral est également libre de nommer une commission pour mener ces entretiens. S'il l'estime nécessaire en raison d'événements particuliers, il peut par ailleurs exiger d'autres entretiens en tout temps.

Al. 3

La CFB, l'OFAP et l'Autorité de contrôle LBA sont aujourd'hui déjà rattachées au DFF. Ce département est de plus chargé aussi bien d'élaborer la législation sur les marchés financiers que de représenter la Suisse au sein d'organismes financiers internationaux. Cette répartition des tâches a fait ses preuves jusqu'ici et mérite d'être reconduite. Le DFF conservera donc sa compétence pour toutes les affaires relevant de la politique à l'égard des marchés financiers et du droit des marchés financiers.

Al. 4

L'exercice de la haute surveillance par les Chambres fédérales s'étend à toutes les activités du Conseil fédéral et de l'administration centrale et décentralisée que celui-ci supervise. Le destinataire de la haute surveillance est le Conseil fédéral. L'exercice de la haute surveillance ne donne pas le droit d'annuler ou de modifier des décisions, ni de donner des instructions. S'il constate des manquements dans la gestion des activités et des finances, le Parlement peut formuler des recommandations quant au comportement à adopter à l'avenir. Dans l'exercice de la haute surveillance, les commissions de surveillance jouissent d'un droit illimité à l'information et à la consultation des dossiers. Dans le cadre de l'exercice de ces droits, les commissions de surveillance peuvent se mettre directement en contact avec

l'AUFIN et exiger qu'elle leur remette tous les renseignements et documents dont elles ont besoin⁵⁵.

La haute surveillance parlementaire sur les établissements et les entreprises de la Confédération sert à vérifier si le Conseil fédéral a pris en compte de manière appropriée les intérêts du propriétaire. Elle ne porte toutefois pas uniquement sur les tâches au sens strict déléguées au Conseil fédéral (telles que les nominations, la définition et le contrôle des objectifs), mais aussi sur les tâches de surveillance qui incombent à la Confédération. En d'autres termes, la haute surveillance ne concerne pas seulement les activités opérationnelles des unités décentralisées (haute surveillance directe), mais se concentre plutôt sur la manière dont le Conseil fédéral et les représentants de la Confédération gèrent et surveillent ces unités (haute surveillance indirecte). Le Conseil fédéral est par ailleurs tenu de rendre compte de tous les événements ou éléments qui pourraient entraver le bon fonctionnement de ces unités⁵⁶.

Lorsque les tâches de surveillance de la Confédération sont, comme dans le cas de l'AUFIN, confiées à des unités administratives décentralisées non soumises à des directives, la haute surveillance doit se limiter, en comparaison avec celle appliquée à d'autres unités décentralisées, à un contrôle politique externe, qui n'exercera aucune influence directe sur la conduite des activités de l'unité considérée. Rappelons que les activités des unités compétentes pour la surveillance des marchés, et en particulier les décisions de ces dernières, sont soumises à un contrôle judiciaire. Exerçant une fonction indépendante relevant de la justice administrative, ces unités peuvent – du point de vue de la haute surveillance – être assimilées aux tribunaux. Le contrôle du Conseil fédéral consiste dès lors à vérifier que l'Autorité de surveillance des marchés financiers fonctionne correctement et qu'elle gère de manière appropriée les ressources mises à sa disposition⁵⁷.

2.2.4 Section 4 Information du public et traitement des données

Art. 22 Information du public

Une information mesurée, mais régulière et crédible revêt une grande importance pour la surveillance des marchés financiers. La LAUFIN définit pour la première fois des règles applicables au mode d'information des autorités de surveillance des marchés financiers et crée ainsi une base légale formelle pour l'information du public. En publiant leur rapport d'activités, ces autorités sont dès lors tenues de fournir au moins une fois l'an des informations sur leurs activités et leur pratique.

⁵⁵ Cf. art. 150 et 153 LParl; «Principes d'action des Commissions de gestion», document disponible à l'adresse: <http://www.parlament.ch/f/ko-au-gpk-handlungsgrundsaeetze-f.pdf>.

⁵⁶ Cf. «Problèmes lors de la mise en fonction de Swissmedic et évaluation de la situation actuelle», rapport du 25 août 2004 de la Commission de gestion du Conseil des Etats, FF **2005** 270, ch. 2.2.

⁵⁷ Cf. rapport du 1^{er} mars 2001 de la Commission des institutions politiques du Conseil national, Initiative parlementaire – Loi sur le Parlement, FF **2001** 3372, commentaire de l'art. 27; message du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF **2001** 4078, commentaire de l'art. 3.

Al. 2

L'AUFIN respecte le secret de fonction pour ce qui a trait aux procédures particulières (art. 14 LAUFIN). Les besoins de la surveillance et l'intérêt public peuvent toutefois créer des situations exceptionnelles, dans lesquelles la diffusion publique d'informations sur une procédure s'avère utile. La loi énumère trois raisons pour lesquelles une telle diffusion est nécessaire, raisons que le conseil d'administration précisera encore dans les directives (cf. art. 9, al. 1, let. i, LAUFIN).

La loi distingue les informations destinées à protéger les acteurs des marchés financiers ou des assujettis (let. a et b) et celles qui servent à préserver le renom de la place financière suisse (let. c). Ce dernier motif ne sera pas pris à la légère. Dans certains cas, l'autorité de surveillance doit être en mesure d'expliquer publiquement comment et pourquoi elle enquête sur des abus. C'est en effet le seul moyen d'écarter des reproches injustifiés et de sauvegarder la réputation de la place financière.

Il ne faut par ailleurs pas confondre information sur les procédures en cours et publication d'une décision ayant force de chose jugée (art. 34 LAUFIN) assimilable à une sanction, qui sont deux instruments distincts à disposition de l'autorité de surveillance. Dans le cas de procédures débouchant sur la publication d'une décision ayant force de chose jugée, la diffusion d'informations devrait toutefois être admissible, avant la fin de la procédure déjà, aux conditions spécifiées à l'al. 2.

Al. 3

Si elle a diffusé des informations sur une procédure, l'AUFIN doit en général aussi informer lorsque celle-ci est suspendue. Elle renonce à donner des informations si les intérêts privés d'un assujetti s'y opposent.

Al. 4

En publiant des informations, l'AUFIN prend toujours en considération les droits constitutionnels de la personnalité des personnes concernées. La loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD; RS 235.1) institue cette protection constitutionnelle de la personnalité. Selon l'art. 19 de cette loi, la communication de données personnelles n'est admise que s'il existe une base légale, base que la LAUFIN met justement en place. L'AUFIN est libre de choisir le mode de publication (forme électronique ou imprimée).

Si les données personnelles sont publiées sous forme électronique et qu'elles ne présentent plus d'intérêt pour le public, l'AUFIN efface les données concernées dans son système informatisé d'information et de communication.

Art. 23 Traitement des données et registre public

Al. 1

La collecte d'informations approfondies sur les assujettis étant une condition fondamentale pour l'exercice de la surveillance sur les marchés financiers, l'AUFIN traitera un grand nombre de données personnelles dans le cadre de ses activités de surveillance. Ces données comprennent également des données secrètes et sensibles ainsi que des profils de la personnalité.

L'al. 1 autorise l'AUFIN à traiter ces données. Celle-ci aura pour tâche de régler les modalités du traitement des données par le biais d'une ordonnance.

Al. 2

La CFB⁵⁸ et l'OFAP⁵⁹ publient déjà une liste électronique des assujettis soumis à leur surveillance et agréés. D'une part, la publication d'un registre électronique de tous les assujettis répond à une préoccupation centrale des assujettis, puisqu'elle leur offre un moyen de prouver la régularité de leur statut. D'autre part, elle permet aux investisseurs et aux acteurs des marchés financiers de vérifier qui dispose d'une autorisation de l'AUFIN.

Le registre des sociétés d'audit agréées par l'AUFIN ne doit pas être confondu avec le registre au sens de l'art. 15, al. 2, LSR, qui exerce une fonction différente dans le cadre de la surveillance de la révision. Ainsi, le registre de l'autorité de surveillance de la révision fait notamment état des qualifications des réviseurs.

2.3 Chapitre 3 Instruments de surveillance

2.3.1 Section 1 Audit

Cette section réglemente les audits ainsi que les modalités de surveillance des sociétés d'audit. Les termes «audit», «société d'audit» et «auditeur» diffèrent de la terminologie employée dans la nouvelle loi sur la surveillance de la révision («révision», «entreprise de révision» et «réviseur»), la différence étant voulue. En effet, l'entreprise de révision visée par la loi sur la surveillance de la révision se différencie de la société d'audit. La première est un organe élu (par l'assemblée générale) dont les attributions découlent du droit privé et se limitent pour l'essentiel à la révision des comptes annuels (audit des comptes annuels). En revanche, les sociétés d'audit qui relèvent du droit de la surveillance des marchés financiers sont des sociétés agissant sur mandat du conseil d'administration. Leurs attributions sont beaucoup plus étendues que celles de l'organe de révision prévu par le code des obligations puisqu'elles doivent vérifier que l'ensemble des règles prudentielles sont respectées (audit prudentiel)⁶⁰.

Art. 24 Principe

En vertu de cette disposition, les audits prévus par les lois sur les marchés financiers sont effectués par l'AUFIN elle-même, par des tiers qu'elle a chargés de cette tâche ou par des sociétés d'audit instituées par les assujettis. Les divers systèmes de surveillance actuels continuent donc de s'appliquer:

- La surveillance des banques, des négociants en valeurs mobilières et des fonds de placement repose sur le système de surveillance dualiste, donc sur le recours à des sociétés d'audit reconnues. Les assujettis chargent ces dernières de la surveillance et les payent, mais l'étendue de l'audit est décidée par l'autorité de surveillance.

⁵⁸ Art. 2 de l'ordonnance du 17 mai 1972 sur les banques et les caisses d'épargne (ordonnance sur les banques, OB; RS **952.02**).

⁵⁹ Art. 6, al. 4, LSA.

⁶⁰ Art. 53, al. 1, LFP; art. 19, al. 1, LB; art. 19, al. 1, LBVM; art. 18, al. 2, LBA; art. 29, al. 1, LSA.

Ces dernières années, la CFB a profondément réformé le système de surveillance dualiste par le biais de circulaires⁶¹. Ces dernières précisent de manière encore plus explicite que précédemment⁶² que les sociétés d'audit doivent non seulement procéder à l'audit des comptes annuels mais également à l'audit prudentiel. Ces dernières années, la CFB a aussi mis en place un contrôle de qualité des sociétés d'audit visant à garantir que les audits sont effectués «avec toute la diligence requise d'un réviseur sérieux et qualifié» (actuel art. 20, al. 4, LB).

- La nouvelle loi sur la surveillance des assurances oblige elle aussi les sociétés d'audit instituées par les entreprises d'assurance à examiner les comptes annuels et à vérifier le respect des règles prudentielles sur la base des instructions de l'autorité de surveillance (art. 29, al. 1, LSA). De plus, les sociétés d'audit et les auditeurs doivent être agréés par l'OFAP (actuel art. 28, al. 2, let. c, LSA). L'OFAP peut cependant effectuer des audits lui-même en tout temps ou charger des tiers de le faire⁶³. La surveillance directe par l'autorité de surveillance joue donc un plus grand rôle que dans le cas de la surveillance des banques, des négociants en valeurs mobilières et des fonds de placement.
- La loi sur le blanchiment d'argent habilite l'Autorité de contrôle LBA à effectuer des contrôles sur place. Cette dernière peut charger un organe de révision qu'elle désigne d'effectuer ces contrôles (art. 18, al. 2, LBA). Conformément à sa pratique établie, l'Autorité de contrôle LBA procède elle-même aux audits des OAR (à l'exception des OAR des avocats et des notaires qui sont contrôlés par un organe de révision qu'elle désigne [art. 18, al. 3, LBA]). Par contre, elle donne la préférence au système dualiste de surveillance pour les intermédiaires financiers qui lui sont directement assujettis et exige que le contrôle soit effectué par un organe de révision qu'elle reconnaît. En outre, l'Autorité de contrôle LBA procède elle-même à des contrôles périodiques auprès de tous les intermédiaires financiers qui lui sont directement assujettis.

Art. 25 Obligations des assujettis audités

Les assujettis audités, leurs organes et leurs collaborateurs ont l'obligation de fournir à la société d'audit qu'ils instituent ainsi qu'aux tiers auxquels ils font appel tous les renseignements et les documents dont ils ont besoin pour accomplir leur tâche. Actuellement cette obligation figure dans les lois sur les marchés financiers⁶⁴.

⁶¹ Circulaires de la CFB 05/1 (audit), 05/2 (rapport d'audit) et 05/3 (société d'audit), <http://www.ebk.ch/f/regulier/rundsch/index.html>.

⁶² Art. 53, al. 1, LFP; art. 19, al. 1, LB.

⁶³ Art. 46, al. 2, et 47, al. 1, LSA.

⁶⁴ Art. 55, al. 1, LFP; art. 19, al. 2, LB; art. 17, al. 2, LBVM; art. 29, al. 4, LSA.

Art. 26 Conditions d'agrément

Al. 1

En leur qualité d'entreprises de révision soumises à la surveillance de l'Etat, et à l'exception de celles agissant en vertu de la loi sur le blanchiment d'argent⁶⁵, les sociétés d'audit souhaitant obtenir un agrément de l'AUFIN seront à l'avenir soumises à la surveillance de l'autorité fédérale de surveillance en matière de révision⁶⁶. L'art. 26 exige pour le surplus que les sociétés d'audit soient suffisamment organisées pour effectuer les audits prévus par les lois sur les marchés financiers (let. b). Elles ne doivent pas non plus exercer d'activités soumises à autorisation en vertu de ces lois (let. c). Elles seraient sinon en concurrence avec les assujettis et, du fait de l'obligation illimitée de produire des documents prévue à l'art. 25, ces derniers seraient par conséquent contraints de permettre à des concurrents d'accéder à des secrets d'affaires.

Al. 2

L'agrément des auditeurs responsables est réglé par analogie avec la reconnaissance des sociétés d'audit. Ils doivent donc préalablement être agréés par l'autorité fédérale de surveillance en matière de révision en tant qu'experts-réviseurs selon l'art. 4 LSR. Pour obtenir un agrément de l'AUFIN, ils doivent en outre disposer des connaissances requises pour exécuter l'audit selon une des lois sur les marchés financiers.

Al. 3

Les audits prévus par les lois sur les marchés financiers doivent être effectués avec toute la diligence requise d'un auditeur sérieux et qualifié. Cette disposition correspond à l'actuel art. 20, al. 4, LB et à l'art. 34, al. 1, let. a de l'ordonnance du 2 décembre 1996 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (ordonnance sur les bourses, OBVM; RS 954.11).

Art. 27 Rapports et mesures

Al. 1

Les sociétés d'audit présentent un rapport d'audit à l'organe suprême de direction de l'assujetti ainsi qu'à l'AUFIN. Cela correspond à la réglementation de la loi actuelle sur les banques et à celle prévue par la loi sur la surveillance des assurances⁶⁷.

Al. 2

Lorsque la société d'audit découvre des infractions aux règles prudentielles ou d'autres irrégularités, elle invite l'assujetti audité à régulariser la situation dans un délai approprié. Cette réglementation correspond aux actuels art. 21, al. 3, LB et 18, al. 4, LBVM et elle doit être appliquée à tous les domaines soumis à la surveillance des marchés financiers, exception faite des intermédiaires financiers directement assujettis en vertu de la loi sur le blanchiment d'argent⁶⁸ et des entreprises d'assu-

⁶⁵ Art. 19b P-LBA.

⁶⁶ Art. 26, al. 1, let. a, LAUFIN en relation avec les art. 7 et 15, al. 1, let. c, LSR.

⁶⁷ Art. 21, al. 2, LB, art. 29, al. 2, LSA.

⁶⁸ Art. 19a, al. 3, P-LBA.

rance⁶⁹. De la sorte, les assujettis ont la possibilité de remédier à une irrégularité identifiée sans que l'autorité de surveillance ne doive être informée.

Al. 3

En revanche, la société d'audit doit immédiatement informer l'AUFIN si elle constate de graves irrégularités et des violations graves des règles prudentielles. Il faut entendre par-là de sérieux problèmes financiers ou d'autres faits remettant directement en question le respect des conditions d'autorisation. Cet alinéa remplace lui aussi des dispositions analogues figurant actuellement dans les lois sur les marchés financiers⁷⁰.

La notion d'«irrégularités» selon l'al. 3 ne doit pas être confondu avec celle de l'art. 46, al. 1, let. g, LSA. Selon la présente disposition, l'AUFIN agit elle-même contre les irrégularités qui mettent en péril les «intérêts des assurés».

Art. 28 Surveillance des sociétés d'audit

Al. 1

Les sociétés d'audit sont soumises à la surveillance de l'AUFIN pour pour leur activité de surveillance selon les lois sur les marchés financiers. L'autorité de surveillance doit vérifier en permanence, au moyen d'un système approprié (p.ex. des contrôles de qualité), que les conditions d'agrément énumérées à l'art. 26 LAUFIN sont respectées et prendre des mesures pour régulariser la situation si ces conditions ne sont pas remplies.

Al. 2

L'harmonisation des conditions d'agrément des sociétés d'audit et des auditeurs responsables est nécessaire du fait que la loi sur la surveillance de la révision prévoit désormais une surveillance dans le domaine de la révision. Les sociétés d'audit sont donc soumises tant au régime de la LAUFIN qu'à la loi sur la surveillance de la révision. Etant donné qu'en règle générale, les sociétés d'audit contrôlent aussi des entreprises qui ne sont pas soumises à la surveillance de l'AUFIN (p.ex. des sociétés commerciales ou industrielles cotées en bourse), il est impératif que l'AUFIN et l'autorité fédérale de surveillance en matière de révision coordonnent leurs activités, cela afin de prévenir les doubles contrôles. Seule l'AUFIN procède à la surveillance des activités d'audit selon les lois sur les marchés financiers, et non en plus l'autorité fédérale de surveillance en matière de révision. En revanche, l'AUFIN se fonde sur les conditions d'agrément de la loi sur la surveillance de la révision et laisse leur vérification à l'autorité de surveillance de la révision.

⁶⁹ Art. 30 LSA.

⁷⁰ Art. 21, al. 4, LB, art. 19, al. 5, LBVM.

Art. 29 Obligation de renseigner et d'annoncer

Al. 1

Cette norme regroupe les dispositions concernant l'obligation pour les assujettis de renseigner et d'annoncer, qui figurent dans les lois sur les marchés financiers⁷¹. Chez les personnes morales, les destinataires de l'obligation de renseigner et d'annoncer sont les organes. Les autres collaborateurs des assujettis sont tenus de renseigner en tant que témoins selon l'art. 15 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021).

L'AUFIN peut exiger des renseignements de la part des assujettis ainsi que des personnes et entreprises qui détiennent une participation qualifiée ou prépondérante au sein des établissements assujettis. En vertu de l'art. 3, let. b, LAUFIN, l'obligation de renseigner concerne également les personnes et entreprises qui détiennent une participation prépondérante au sein d'un intermédiaire financier exerçant sans autorisation, reconnaissance, agrément ou enregistrement puisque, au sens de la LAUFIN, ces derniers sont aussi considérés comme des assujettis⁷². La notion de participation prépondérante est définie dans les lois sur les marchés financiers⁷³.

Les sociétés d'audit sont tenues de fournir des renseignements les concernant en leur qualité d'assujetties. En l'espèce, l'AUFIN doit être informée des constatations qu'elles ont faites chez les assujettis dans le cadre des mandats donnés par ceux-ci.

Sont également tenus de fournir des renseignements à l'AUFIN les organes de révision selon le droit des obligations si cette fonction n'est pas remplie par une société d'audit soumise à la LAUFIN.

Al. 2

Les assujettis doivent informer l'AUFIN sans délai sur tout fait d'importance susceptible de la concerner. Il peut s'agir par exemple de graves problèmes de trésorerie, de personnel ou d'organisation, de difficultés avec des autorités étrangères ou de changements de stratégie qui ont essentiellement des effets sur les risques d'un assujetti. Cette règle figure déjà à l'art. 47, al. 3, LSA, et correspond aussi à la pratique actuelle dans la surveillance bancaire.

Art. 30 Annonce de l'ouverture d'une procédure

Si des indices donnent à penser que des règles prudentielles ont été enfreintes et que l'AUFIN ouvre une procédure, elle en avise les personnes concernées. Par règles prudentielles, il faut entendre les lois, ordonnances et circulaires qui définissent les obligations des assujettis ainsi que les normes d'autorégulation approuvées par l'AUFIN.

⁷¹ Art. 61, al. 1 et 2, LFP; art. 23^{bis}, al. 2, LB; art. 35, al. 2, LBVM; art. 19 LBA; art. 47, al. 2, LSA.

⁷² Art. 3 LAUFIN.

⁷³ Cf. art. 10, al. 2, LFP en relation avec l'art. 13, let. b, OFP, art. 3, al. 2, let. c^{bis}, LB, art. 10, al. 2, let. d, LBVM et art. 4, al. 2, let. f, LSA.

L'ouverture d'une procédure est annoncée aux intéressés à des fins de transparence. C'est dans le même but que l'AUFIN les informera aussi de la suspension d'une procédure administrative.

L'ouverture d'une procédure administrative au sens de la présente disposition se distingue des activités de surveillance qui ne sont soumises à aucune exigence de forme. La procédure de l'Autorité de surveillance est régie par la loi sur la procédure administrative, dont un chapitre consacre tous les droits des parties. L'ouverture de la procédure est toutefois un acte interne à l'administration contre lequel il n'est pas possible de recourir.

Art. 31 Rétablissement de l'ordre légal

Cet article reprend les dispositions actuelles des lois sur les marchés financiers⁷⁴ et oblige l'AUFIN à veiller au rétablissement de l'ordre légal lorsque des irrégularités sont constatées. Elle applique en l'occurrence le principe de proportionnalité.

Les investisseurs, les créanciers, les assurés et les concurrents ne peuvent cependant pas se fonder sur cet article pour exiger une intervention de l'AUFIN.

Art. 32 Décision en constatation

Se fondant sur la pratique éprouvée de la CFB, de l'OFAP et de l'Autorité de contrôle LBA, cet article autorise explicitement l'AUFIN à constater par le biais d'une décision qu'un assujetti a gravement enfreint les règles prudentielles, même si aucune mesure de rétablissement de l'ordre légal ne doit être prise. Il s'agit d'une décision en constatation prononcée d'office⁷⁵, qui se fonde sur l'intérêt public défendu par l'autorité de surveillance, à savoir le respect intégral par les assujettis des règles prudentielles. En ce sens elle a un caractère de sanction. L'AUFIN peut aussi l'associer à un avertissement.

Art. 33 Interdiction d'exercer

Les trois autorités de surveillance actuelles sont déjà habilitées à démettre de leurs fonctions les organes responsables⁷⁶. Selon le droit en vigueur, la CFB et l'Autorité de contrôle LBA ne peuvent cependant agir qu'à l'encontre de membres des organes suprêmes des assujettis. Ces organes comprennent généralement les membres du conseil d'administration et de la direction, lesquels doivent présenter en permanence «toutes garanties d'une activité irréprochable»⁷⁷. Si cette disposition peut être utilisée pour les intermédiaires financiers de petite taille, elle ne convient plus pour les grandes sociétés assujetties qui comportent plusieurs niveaux hiérarchiques. Dans de tels cas, le responsable n'est généralement pas un représentant de l'organe suprême de direction, de sorte qu'aucun responsable ne peut être recherché.

⁷⁴ Cf. art. 58, al. 1, LFP, art. 23^{ter}, al. 1, LB, art. 35, al. 3, LBVM et art. 20, al. 1, LBA.

⁷⁵ Kölz Alfred/Häner Isabelle, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2^e éd., Zurich 1998, ch. 206.

⁷⁶ Art. 20, al. 1, LBA, art. 51, al. 2, let. f, LSA.

⁷⁷ Cf. art. 9, al. 5, LFP, art. 3, al. 2, let. c et c^{bis}, LB, art. 10, al. 2, let. d, LBVM, art. 14, al. 2, let. c, LBA et art. 14, LSA.

C'est pourquoi en cas de violation grave des règles prudentielles, l'AUFIN doit avoir la possibilité d'interdire aux auteurs d'exercer une fonction dirigeante auprès d'assujettis. Elle peut aussi limiter cette interdiction à un domaine d'activité déterminé. Il y aura alors également lieu, entre autres, de considérer le risque de récidive.

L'interdiction d'exercer de l'art. 33 doit être différenciée des mesures prises dans le cadre de l'examen des conditions d'autorisation fixées dans les lois sur les marchés financiers. Lors de cet examen, l'AUFIN vérifie notamment si les organes suprêmes des assujettis «jouissent d'une bonne réputation et présentent toutes garanties d'une activité irréprochable». Comme par le passé, l'AUFIN procède à cet examen et prend les mesures nécessaires qui en découlent. Dans le cadre de la vérification des garanties, l'AUFIN peut, dans des cas graves (p.ex. en cas d'escroquerie), refuser une personne en tant qu'organe ou propriétaire d'un assujetti, même si aucune interdiction d'exercer n'a été prononcée à son encontre ou que le délai d'une telle interdiction a expiré. Elle peut également renoncer à prononcer une interdiction d'exercer si la personne en question n'est plus active dans le secteur financier.

Il existe aussi une différence entre l'interdiction d'exercer et l'interdiction de pratiquer prévue à l'art. 35a LBVM (actuellement art. 35, al. 3, let. b, LBVM). Cette sanction administrative qui a fait ses preuves reste applicable parallèlement à l'interdiction d'exercer car le risque d'abus est particulièrement élevé chez les négociants en valeurs mobilières qui n'exercent pas une fonction dirigeante. Contrairement à l'interdiction d'exercer prévue par la LAUFIN, l'interdiction de pratiquer selon la LBVM peut non seulement être prononcée à l'encontre de membres de la direction d'un négociant en valeurs mobilières, mais également contre toute personne responsable active dans la division commerciale de celui-ci. Enfin, la loi sur la surveillance des assurances comporte une norme complémentaire qui restera également applicable. L'Autorité de surveillance est ainsi habilitée à prendre certaines mesures pour «sauvegarder les intérêts des assurés», notamment à exiger la révocation des personnes chargées de la haute direction, de la surveillance, du contrôle et de la gestion de l'entreprise (art. 51, al. 1, let. f, LSA).

L'interdiction administrative d'exercer prévue par la LAUFIN se distingue aussi de l'interdiction pénale d'exercer une profession selon l'art. 67 du code pénal du 13 décembre 2002 modifié (pas encore entré en vigueur, soumis au référendum, FF 2002 7658). Le tribunal ne peut prononcer cette dernière que si l'auteur a commis un crime ou un délit dans l'exercice d'une profession, qu'il a été condamné pour cette infraction à une peine privative de liberté de plus de six mois ou à une peine pécuniaire de plus de 180 jours-amende et qu'il y a lieu de craindre de nouveaux abus. L'interdiction d'exercer au sens de l'art. 33 LAUFIN sanctionne quant à elle une violation grave des règles prudentielles et non une quelconque infraction commise dans l'exercice d'une profession. Ce traitement plus sévère se justifie étant donné que, dans la surveillance des marchés financiers, des biens protégés tels que le bon fonctionnement des marchés financiers, la protection des créanciers, des investisseurs et des assurés revêtent une importance majeure. C'est pourquoi l'autorité de surveillance doit pouvoir prendre des mesures préventives et répressives comme l'interdiction d'exercer à l'encontre de personnes exerçant une fonction dirigeante. Par ailleurs, il se peut que des violations graves des règles prudentielles entraînant des dommages importants pour les investisseurs ne conduisent pas à un jugement relevant d'une procédure pénale.

Art. 34 Publication d'une décision en matière de surveillance

En cas de violation grave des règles prudentielles, l'AUFIN peut publier sa décision finale sous forme électronique ou imprimée une fois qu'elle est devenue exécutoire, en faisant référence aux personnes concernées. La décision finale est celle qui règle une situation juridique de manière définitive. Les décisions qui peuvent faire l'objet d'une publication sont par exemple la décision en constatation au sens de l'art. 32 ou le retrait de l'autorisation, de la reconnaissance, de l'agrément ou de l'enregistrement au sens de l'art. 37.

La publication doit être ordonnée dans la décision elle-même et peut donc faire l'objet d'un recours. L'AUFIN doit aussi veiller à ce qu'une telle décision ne divulgue pas les données concernant des tiers.

Art. 35 Confiscation

Al. 1

L'AUFIN peut confisquer un gain qu'un assujetti ou une personne exerçant une fonction dirigeante a acquis en violant gravement les règles prudentielles. Une personne exerçant une fonction dirigeante pourrait par exemple acquérir un tel gain en s'attribuant de manière illicite des titres dans le cadre d'une émission.

L'AUFIN veille à ce que cette mesure n'ait pas des conséquences disproportionnées. Tel serait par exemple le cas si la confiscation était susceptible d'entraîner la faillite de l'assujetti. Contrairement à ce que prévoit le code pénal en matière de confiscation, l'AUFIN ne peut en outre confisquer le gain acquis qu'auprès de l'assujetti ou de la personne exerçant une fonction dirigeante et non de tiers. La confiscation revêt donc avant tout un caractère compensatoire et non pénal⁷⁸.

Al. 2

Si l'assujetti ou la personne exerçant une fonction dirigeante a évité une perte en violant gravement les règles prudentielles (par ex. en sous-évaluant des charges ou des passifs), l'AUFIN peut aussi confisquer le montant correspondant.

Al. 3

La confiscation ne doit pas être mise en échec par l'impossibilité d'évaluer le montant à confisquer. C'est pourquoi l'AUFIN est autorisée à estimer le montant des valeurs soumises à confiscation lorsque celui-ci ne peut être déterminé précisément ou si sa détermination requiert des moyens disproportionnés.

Al. 4

Le droit d'ordonner la confiscation se prescrit par sept ans à compter de la violation des règles prudentielles.

Al. 6

Si les lésés, se fondant sur une violation grave des règles prudentielles, ont obtenu un droit incontesté (par ex. par une transaction extrajudiciaire) à réparation à l'encontre de l'assujetti ou de la personne exerçant une fonction dirigeante ou qu'ils l'ont obtenu par le biais d'une procédure judiciaire, l'AUFIN peut leur verser, sur

⁷⁸ ATF 126 IV 265.

demande, une somme équivalant au maximum au montant des valeurs patrimoniales confisquées.

Si personne n'a été lésé par la violation des règles prudentielles ou si aucune prétention en réparation n'a été élevée, les valeurs confisquées reviennent à la Confédération. Lorsque le montant des réparations est inférieur à celui des valeurs confisquées, le solde est également dévolu à la Confédération.

Art. 36 Chargé d'enquête

Cette disposition reprend le contenu de l'art. 23^{quater} LB adopté par les Chambres fédérales en octobre 2003 et qui s'applique aussi aux négociants en valeurs mobilières (art. 36a LBVM). L'art. 36 remplace les dispositions susmentionnées de la loi sur les banques et de la loi sur les bourses. Par ailleurs, les chargés d'enquête peuvent intervenir auprès de tous les assujettis afin de procéder à des audits extraordinaires (actuel art. 23^{bis}, al. 2, LB).

Art. 37 Retrait de l'autorisation, de la reconnaissance, de l'agrément ou de l'enregistrement

Al. 1

Le présent article harmonise les modalités de cette sanction administrative⁷⁹. Lorsque l'assujetti ne remplit plus les conditions requises pour exercer son activité ou lorsqu'il a violé gravement des règles prudentielles, l'AUFIN lui retire son autorisation, sa reconnaissance, son agrément ou son enregistrement. En application du principe de proportionnalité, l'AUFIN doit toutefois examiner individuellement s'il ne lui est pas possible de prononcer une mesure moins sévère.

Al. 2

Le retrait de l'autorisation, de la reconnaissance, de l'agrément ou de l'enregistrement entraîne l'interdiction d'exercer l'activité soumise à autorisation. Les autres conséquences du retrait sont régies par les lois sur les marchés financiers applicables au cas d'espèce. La banque qui se voit retirer son autorisation d'exercer doit par exemple être mise en liquidation⁸⁰. Une entreprise d'assurance dans une situation analogue n'a pas le droit de conclure de nouveaux contrats d'assurance⁸¹. Une société d'audit ne peut plus effectuer les audits prévus par les lois sur les marchés financiers. Il appartiendra à l'autorité fédérale de surveillance en matière de révision de décider si le retrait de l'agrément par l'AUFIN empêche aussi la société d'audit d'effectuer des contrôles ordinaires selon le code des obligations.

Al. 3

Cet alinéa codifie la pratique de la CFB développée par le Tribunal fédéral en matière de liquidation de banques et de négociants en valeurs mobilières illégaux⁸², pratique dont il a d'ailleurs étendu le champ d'application à la loi sur le blanchi

⁷⁹ Art. 57 LFP, art. 23quinquies, al. 1, LB, art. 36, al. 1, LBVM, art. 20, al. 1, let. b, et 28, al. 1, LBA, art. 61, al. 1, let. a, LSA.

⁸⁰ Art. 23quinquies LB.

⁸¹ Art. 61, al. 3, LSA.

⁸² Cf. Bulletin de la CFB n° 46, p. 61 ss.

ment d'argent⁸³. Les conséquences d'un retrait sont applicables par analogie lorsque l'assujetti exerce son activité sans autorisation, reconnaissance, agrément ni enregistrement.

2.3.3 Section 3 Collaboration avec les autorités suisses

Art. 38 Autorités pénales

Al. 1

L'AUFIN et les autorités de poursuite pénale de la Confédération et des cantons s'accordent mutuellement l'entraide judiciaire et administrative. Cette obligation d'entraide est régie par les lois applicables aux autorités concernées, autrement dit par la LAUFIN pour l'AUFIN et par les codes de procédure pénale en vigueur pour les autorités de poursuite pénale.

Al. 2

L'AUFIN et les autorités de poursuite pénale de la Confédération et des cantons doivent coordonner leurs procédures, dans la mesure où cela est possible et nécessaire. En effet, si elle risque de léser les intérêts de créanciers, d'investisseurs ou d'assurés, cette collaboration n'a pas lieu d'être. La coordination peut également porter préjudice à la poursuite pénale, notamment lorsque les autorités compétentes doivent agir par surprise pour s'assurer des moyens de preuve.

Al. 3

Cet alinéa s'inspire des dispositions en vigueur dans les lois sur les marchés financiers⁸⁴: Si en exerçant son activité de surveillance, l'AUFIN a connaissance de crimes ou de délits de droit commun ou encore d'infractions à la LAUFIN ou aux lois sur les marchés financiers, elle est tenue d'en informer les autorités de poursuite pénale compétentes. Les infractions à la LAUFIN et aux lois sur les marchés financiers font l'objet de la surveillance directe de l'AUFIN. Il n'existe pas d'autres obligations de dénoncer. De plus, l'AUFIN n'est pas tenue de rechercher activement les crimes ou délits de droit commun.

Art. 39 Autres autorités suisses

En ce qui concerne l'AUFIN, la collaboration avec les autres autorités suisses est régie par les lois sur les marchés financiers, sous réserve des art. 40 et 41 et, en ce qui concerne les autres autorités suisses, par les lois qui leur sont applicables. Ainsi, la loi sur les banques et la loi sur la surveillance des assurances règlent la collaboration avec les autres autorités suisses de surveillance des marchés financiers, telles que la BNS (art. 23^{bis}, al. 3 et 4, LB et art. 80 LSA).

Art. 40 Motifs de refus

L'AUFIN peut refuser de communiquer des informations non accessibles au public ou de transmettre des documents si ces informations ou documents servent exclusi-

⁸³ ATF 129 II 438, consid. 4.1.2.

⁸⁴ Art. 39, al. 3, LLG, art. 58, al. 5, LFP, art. 23^{ter}, al. 4, LB, art. 35, al. 6, LBVM

vement à la formation interne d'une opinion ou si leur publication mettrait en péril une procédure en cours ou compromettrait l'accomplissement de son activité de surveillance (cf. ch. 1.2.11).

De par son activité de surveillance, l'AUFIN prend connaissance de nombreuses informations confidentielles concernant les assujettis et leurs clients. Or, il est nécessaire, d'une part, de protéger ces informations, faute de quoi l'activité de surveillance de l'AUFIN serait compromise, et, d'autre part, de satisfaire l'intérêt légitime des autorités de poursuite pénale et des autres autorités suisses à être informées. Il incombe à l'AUFIN de trouver un équilibre entre ces deux exigences.

Art. 41 Différends

A l'heure actuelle, si les autorités de surveillance des marchés financiers et une autorité requérant des informations ne parviennent pas à s'entendre, les procédures applicables sont hétérogènes. Si la demande émane des autorités cantonales de poursuite pénale, la contestation est jugée par le Tribunal pénal fédéral⁸⁵, mais si elle est déposée par le Ministère public de la Confédération, c'est le Conseil fédéral qui tranche⁸⁶. En cas de divergences entre les autorités de surveillance des marchés financiers et d'autres autorités fédérales ou cantonales, la procédure n'est absolument pas réglée.

Cette situation est insatisfaisante sur le plan du droit et doit être clarifiée, dans l'intérêt de la collaboration entre l'AUFIN et les autorités de poursuite pénale ou d'autres autorités suisses. Il est donc prévu de mettre en place une procédure simple et sans formes particulières, correspondant à celle appliquée en cas de contestation avec les autorités de poursuite pénale.

A l'avenir, le Tribunal administratif fédéral sera donc compétent pour statuer définitivement sur les divergences d'opinions survenant lors de la collaboration entre l'AUFIN et des autorités de poursuite pénale ou d'autres autorités suisses. Etant déjà l'instance ordinaire de recours⁸⁷ en matière de surveillance des marchés financiers, il sera également à même de juger si les intérêts de la surveillance prévalent sur ceux de l'autorité requérante. Par ailleurs, la décision de transmettre des informations ne constitue pas une décision sujette à recours.

2.3.4 Section 4 **Collaboration avec les autorités étrangères** **de surveillance des marchés financiers**

Art. 42 Assistance administrative

L'art. 42 s'inspire dans sa formulation de la loi sur la surveillance des assurances⁸⁸, la plus récente des lois régissant les marchés financiers. Il a été amélioré sur le plan

⁸⁵ Art. 357 CP, ATF **123** II 371.

⁸⁶ Art. 27, al. 5, loi fédérale du 15 juin 1934 sur la procédure pénale (PPF, RS **312.0**).

⁸⁷ Art. 31 LTAF.

⁸⁸ Art. 81 LSA.

rédactionnel, mais n'a subi aucune modification matérielle par rapport aux dispositions réglant l'assistance administrative dans les lois sur les marchés financiers en vigueur (cf. ch. 1.2.12).

Art. 43 Audits hors du pays d'origine

La disposition relative aux audits hors du pays d'origine ne présente elle aussi que des modifications d'ordre rédactionnel, dans le sens d'une simplification. Le renvoi aux conditions de l'assistance administrative selon l'art. 42 a notamment permis de la raccourcir sans en changer le contenu. De plus, il est prévu d'adopter, dans la loi sur les banques et dans la loi sur les bourses, deux dispositions complémentaires contenant une réserve en faveur des clients de la gestion de fortune (art. 23^{septies} P-LB et art. 38a P-LBVM).

2.4 Chapitre 4 Dispositions pénales

Art. 44 Activité sans autorisation, reconnaissance, agrément ou enregistrement

L'art. 44 harmonise les différents états de fait relatifs à la violation de l'obligation exigée par les lois sur les marchés financiers de se faire enregistrer ou d'obtenir une autorisation, une reconnaissance ou un agrément, et en fait une clause générale. La notion de «lois sur les marchés financiers» est définie à l'art. 1 LAUFIN.

Toutes les lois sur la surveillance des marchés financiers punissent, mais de manière différente, l'exercice sans autorisation, reconnaissance, agrément ou enregistrement d'une activité soumise à autorisation. Alors que l'état de fait réprimé y est partout comparable, il est qualifié de délit dans certaines lois et de contravention dans d'autres. Le montant de l'amende est également largement différencié. Ces divergences proviennent de l'élaboration au coup par coup de la législation sur les marchés financiers.

L'art. 69, al. 1, let. a, LFP, l'art. 46, al. 1, let. a et b, LB, et l'art. 87, al. 1, let. a, LSA, notamment, qualifient de délit l'exercice intentionnel d'une activité sans autorisation et de contravention l'exercice par négligence d'une telle activité. L'art. 36 LBA la considère pour sa part comme une contravention, qu'elle soit commise intentionnellement ou par négligence. Enfin, l'art. 40 LBVM parle de contravention lorsqu'une activité soumise à autorisation est exercée sans autorisation et ne la punit que si elle est commise intentionnellement. S'agissant, pour toutes les lois sur les marchés financiers, d'états de fait comparables, qui touchent les mêmes biens juridiques ou des biens juridiques semblables, il est justifié de les réprimer partout de la même manière et d'harmoniser le cadre des sanctions. C'est ainsi que l'exercice d'une activité sans autorisation, reconnaissance, agrément ou enregistrement constitue désormais un délit puni de l'emprisonnement ou de l'amende jusqu'à concurrence de 1 000 000 de francs si l'infraction est commise intentionnellement et une contravention punie de l'amende jusqu'à concurrence de 250 000 francs si elle est commise par négligence.

Ce projet introduit pour les cas de récidive une amende minimale. Il paraît en effet judiciaires de prononcer des peines plus sévères en cas d'infractions répétées au droit de la surveillance des marchés financiers, d'autant que l'on peut généralement supposer qu'il y a intention ou au moins dol éventuel. Les auteurs récidivistes peuvent en outre causer de graves dommages aux créanciers et à la réputation de la place financière suisse. L'introduction d'une amende minimale en cas de récidive permet en outre de faire inscrire au casier judiciaire les condamnations primaires pour infraction au droit de la surveillance des marchés financiers (art. 9, let. c, ordonnance du 1^{er} décembre 1999 sur le casier judiciaire informatisé; RS 331). Les violations de ce droit ne pourront ainsi pas rester ignorées. L'actuelle loi sur le blanchiment d'argent prévoit elle aussi une amende minimale en cas de récidive. Le cas de récidive étant sanctionné plus sévèrement, il est lié à des conditions strictes. D'une part, il est limité dans le temps à un délai de cinq ans à compter de la première condamnation entrée en force. D'autre part, il n'y a récidive que si l'auteur enfreint à nouveau la même disposition dans ce délai, par exemple s'il exerce à nouveau une activité de banque sans avoir obtenu d'autorisation au sens de l'art. 3, al. 1, LB.

Dès leur entrée en vigueur, les nouvelles dispositions de la partie générale du code pénal suisse du 21 décembre 1937⁸⁹ auront des incidences sur les dispositions pénales du présent projet. La révision prévoit de punir les délits d'une peine privative de liberté allant jusqu'à trois ans ou d'une peine pécuniaire⁹⁰. Dans le domaine de la petite criminalité, une nouveauté permet d'écarter la peine privative de liberté jusqu'à six mois au profit de la peine pécuniaire, laquelle peut être ferme ou assortie du sursis partiel. La peine pécuniaire doit être calculée selon le système dit des jours-amende et s'élever à 360 jours au maximum, un jour-amende correspondant au plus à 3000 francs⁹¹. Les contraventions ne doivent être punies que par des amendes, calculées selon le système dit forfaitaire. La révision du CP ne prévoit donc plus de peine d'arrêts.

Les dispositions pénales des lois sur les marchés financiers devront être adaptées aux nouvelles dispositions de la partie générale du code pénal. Pour les délits, la peine encourue est une peine privative de liberté pouvant aller jusqu'à trois ans ou une peine pécuniaire. En cas de récidive, l'amende minimum est remplacée par une peine pécuniaire minimum sous la forme d'un nombre minimum de jours-amende. Aucune adaptation ne sera nécessaire pour les contraventions.

Art. 45 Fausses informations

L'infraction relative à la communication de fausses informations est reprise, avec quelques adaptations terminologiques, de l'art. 69, al. 1, let. d, LFP, de l'art. 46, al. 1, let. i, LB, et de l'art. 87, al. 1, let. d, e et i, LSA, et constitue désormais un état de fait général harmonisé. Est ainsi réprimée la communication de fausses indications à l'AUFIN, à une société d'audit, à une personne mandatée (cf. le commentaire

⁸⁹ Message du 29 juin 2005 relatif à la modification du code pénal dans sa version du 13 décembre 2002 et du code pénal militaire dans sa version du 21 mars 2003, FF **2005** 4425.

⁹⁰ Art. 10, al. 2, P-CP.

⁹¹ Art. 34 P-CP.

de l'art. 19, al. 1), ainsi que, ce qui est nouveau, à un organisme d'autorégulation. L'infraction est qualifiée de délit en cas de commission intentionnelle et de contravention en cas de négligence.

Art. 46 Violation des obligations des sociétés d'audit ou des personnes mandatées

Seules la loi sur les fonds de placement (art. 69, al. 1, let. f), la loi sur les banques (art. 46, al. 1, let. k) et la loi sur la surveillance des assurances (art. 87, al. 1, let. l) qualifient de délit la violation intentionnelle des devoirs des sociétés d'audit. La loi sur les bourses ne le fait pas, bien que l'obligation de soumettre à vérification les comptes annuels y figure. Cette lacune est comblée dans le cadre de l'harmonisation des dispositions pénales relatives au droit de la surveillance des marchés financiers. L'infraction étant valable pour toutes les institutions assujetties, elle est désormais inscrite dans la LAUFIN.

Le cercle des auteurs potentiels ne se limite pas aux auditeurs occupant des fonctions dirigeantes, mais englobe comme auparavant toute personne agissant en qualité d'auditeur ou de personne mandatée.

L'art. 46 doit garantir le déroulement conforme à la loi de l'audit et est de ce fait en lien étroit avec les dispositions correspondantes de la LAUFIN et des lois sur les marchés financiers.

Seule la violation grossière des obligations de surveillance imposées par la loi est réprimée, ce qui signifie qu'une faute ou un manquement légers ne sont pas constitutifs de l'infraction. Reprenant pour l'essentiel le droit existant, l'art. 46 dresse une liste concrète des violations graves.

Art. 47 Audit des comptes annuels

La loi sur les fonds de placement, la loi sur les banques, la loi sur les bourses et la loi sur la surveillance des assurances imposent aux assujettis de faire réviser leurs comptes annuels. L'état de fait prévu à l'art. 47 sanctionne l'assujetti qui omet de se soumettre à une telle révision par une société d'audit agréée. Auparavant, seule la LB réprimait cet état de fait. Cette lacune est comblée dans le cadre de l'harmonisation des dispositions pénales. L'art. 47 sanctionne également l'assujetti qui ne se soumet pas à un audit ordonné par l'AUFIN ou qui ne remplit pas les obligations imposées par la loi envers la société d'audit ou la personne mandatée. L'infraction constitue un délit si elle est commise intentionnellement et une contravention si elle l'est par négligence.

Art. 48 Non-respect des décisions de l'AUFIN

L'art. 70, al. 1, let. c, LFP, l'art. 50 LB, l'art. 38 LBA et l'art. 86, al. 1, let. h, LSA punissent l'insoumission à une décision de l'autorité de surveillance, si elle a été signifiée sous la menace d'une peine. Cette dernière a pour but le respect de l'ordre donné par l'autorité de surveillance. A l'exception de la LB qui en fait un délit, les lois sur les marchés financiers qualifient de contravention le non-respect d'une décision. La loi sur les bourses ne connaît en revanche pas cette infraction. La LAUFIN comble désormais cette lacune et définit cet état de fait comme une contravention, réprimée de l'amende jusqu'à concurrence de 100 000 francs.

Dès lors que la décision doit être notifiée à l'assujetti sous menace de la peine, l'infraction ne peut pas être commise par négligence. Seule la commission intentionnelle est par conséquent punie.

Art. 49 Infractions commises dans une entreprise

Contrairement à ce que prévoit l'art. 7 de la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (DPA; RS 313.0), le droit de la surveillance des marchés financiers relève le montant de l'amende qui passe à 50 000 francs au maximum. Selon l'art. 7 DPA (infractions commises dans une entreprise), une entreprise peut être punie lorsque l'amende entrant en considération ne dépasse pas 5000 francs et lorsque la recherche des personnes punissables (art. 6 DPA) nécessiterait des mesures d'instruction hors de proportion avec la peine encourue. Cette disposition permet à l'autorité de poursuite pénale, en cas d'infraction de peu de gravité, de renoncer à entreprendre de longues et fastidieuses recherches visant à identifier l'employé ou l'organe responsable au sein de l'entreprise concernée. Cette dernière est soulagée et son activité n'est pas entravée de manière disproportionnée. Le cadre des sanctions de la surveillance des marchés financiers ayant de manière générale été relevé, il se justifie d'élever également le seuil de l'amende pour les infractions commises dans une entreprise au sens de l'art. 7 DPA. Ainsi, le rapport existant actuellement entre les amendes encourues par les personnes physiques et celles dont sont passibles les personnes morales est maintenu.

L'autorité pénale doit prendre des mesures d'instruction pour rechercher les personnes ou organes punissables. Ce n'est que si ceux-ci ne peuvent être découverts sans mettre en œuvre un arsenal de mesures longues et fastidieuses que les poursuites à leur égard pourront être abandonnées et que l'entreprise sera condamnée au paiement de l'amende.

Cette disposition ne doit pas être confondue avec la responsabilité de l'entreprise au sens de l'art. 100^{quater} CP. Le but de l'art. 49 n'est en effet pas de punir l'entreprise pour un manque d'organisation, mais bien d'agir dans un souci d'économie de procédure. De plus, tandis que l'art. 49 est applicable en cas de contravention également, l'art. 100^{quater} CP ne l'est que pour les délits et crimes.

Art. 50 Compétence

Al. 1

L'art. 50 règle de manière uniforme la compétence matérielle pour la poursuite et le jugement des infractions aux dispositions pénales du droit des marchés financiers. Il remplace les règles de compétence figurant jusqu'ici dans les lois sur les marchés financiers⁹². Comme par le passé, le DFF est compétent pour la poursuite et le jugement des infractions au droit des marchés financiers. Le service des questions pénales du DFF examine les faits. La procédure est régie par les dispositions de la loi fédérale sur le droit pénal administratif. Lorsque les éléments constitutifs de l'état de fait sont remplis, le DFF prononce une amende par le biais d'un mandat de répression (art. 64 DPA). Ce dernier peut faire l'objet d'une opposition dans un délai de trente jours, ce qui entraîne son réexamen et, le cas échéant, sa confirmation par

⁹² Art. 71, al. 1, LFP, art. 51^{bis}, al. 2, LB, art. 44, al. 2, LBVM, art. 39, al. 1, LBA, art. 87, al. 5, LSA

le biais d'un prononcé pénal (art. 70 DPA). Par souci d'harmonisation, cette réglementation de la compétence est désormais également applicable au domaine des assurances. Elle ne s'applique par contre pas à la violation du secret professionnel au sens de la loi sur les banques, de la loi sur les bourses et de la future loi sur les placements collectifs. Dans ce cas la poursuite et le jugement resteront de la compétence des cantons.

Al. 2

Si le service des questions pénales du DFF confirme le mandat de répression par un prononcé pénal, la personne concernée peut, dans les dix jours, demander à être jugée par un tribunal (art. 72 et 73 DPA). Selon le droit en vigueur, la compétence appartient à un tribunal cantonal, qui ne statue qu'au terme d'une procédure judiciaire (art. 73 à 79 DPA). Le jugement de première instance peut être contesté en suivant les voies de recours prévues par le droit cantonal (art. 80 DPA). Enfin, il est aussi possible de présenter un pourvoi en nullité au Tribunal fédéral (art. 83 DPA). A l'avenir, pour raccourcir ces voies de recours, les infractions pénales aux lois sur les marchés financiers ressortiront au Tribunal pénal fédéral, si la personne concernée demande à être jugée par un tribunal suite à une décision pénale du DFF ou si le DFF transmet le dossier au Tribunal fédéral en vue d'une condamnation à une peine privative de liberté. Le jugement du Tribunal pénal fédéral pourra lui aussi faire l'objet d'un pourvoi en nullité au Tribunal fédéral (art. 83 DPA). Le fait que le Tribunal pénal fédéral sera la seule juridiction à traiter les infractions aux dispositions pénales des lois sur les marchés financiers commises dans toute la Suisse entraînera une harmonisation de la jurisprudence ainsi que l'acquisition de compétences spécialisées dans ce domaine.

Art. 51 Jonction des procédures

Cette disposition potestative reprend par analogie l'art. 18 de la loi fédérale du 15 juin 1934 sur la procédure pénale fédérale (PPF; RS 312.0). Elle permet la jonction d'une procédure menée par le DFF et d'une procédure ressortissant à une autorité de poursuite pénale cantonale ou fédérale dans une cause similaire. Ce procédé permet d'éviter que deux autorités différentes doivent examiner le même état de fait, étant donné que leur compétence se fonde sur des bases différentes. En droit des marchés financiers, il n'est pas rare que différentes autorités pénales soient compétentes, comme par exemple en cas d'infractions à la loi sur les banques, pour lesquelles les éléments constitutifs du détournement de fonds sont souvent également remplis. L'expérience a en effet montré qu'une délégation des procédures pénales, dans les cas où elle aurait été judicieuse, a parfois été refusée sans motif valable par les cantons concernés. Il paraît ainsi approprié de renoncer à la disposition de l'art. 20, al. 3, DPA, selon laquelle un accord préalable des autorités de poursuite pénale cantonales ou fédérales est nécessaire pour la jonction des procédures. Une jonction des procédures n'est toutefois possible que si la procédure pendante ne s'en trouve pas retardée dans une mesure insoutenable. Les contestations qui pourraient survenir entre les autorités fédérales et cantonales sont tranchées par la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral.

Art. 52 Prescription

Le délai de prescription de la poursuite pénale d'une contravention sera à l'avenir réglé dans la LAUFIN. Pour toutes les contraventions réprimées par le droit des

marchés financiers, le délai de prescription est fixé à sept ans. Le délai de prescription est ainsi identique pour les contraventions et pour les délits.

Jusqu'ici, la prescription en matière de contraventions était réglée de manière très diverse et une harmonisation s'imposait. Les dispositions sur la prescription contenues à l'art. 71, al. 2, LFP, à l'art. 51, al. 3, LB, et à l'art. 39, al. 2, LBA, sont supprimées et remplacées par le présent article. L'adaptation générale du délai de prescription des contraventions se justifie car en règle générale le DFF n'est saisi de la poursuite pénale qu'au terme d'une enquête administrative. Dans un domaine si pointu, il est fréquent qu'une telle enquête exige des mesures importantes nécessitant du temps. Un délai plus bref pourrait donc avoir pour conséquence des contraventions impunies qui se seraient prescrites durant la procédure.

L'harmonisation concerne également les dispositions pénales sur la violation du secret professionnel (art. 47 LB et art. 43 LBVM), dont la poursuite et le jugement incombent aux cantons. L'art. 52 n'a aucune incidence sur la prescription de la peine, laquelle est réglée à l'art. 11, al. 4, DPA et demeure comme par le passé de cinq ans.

2.5 Chapitre 5 Procédure et voies de recours

Art. 54 Voies de droit

La nouvelle organisation judiciaire prévoit deux instances de recours contre les décisions de l'AUFIN: le Tribunal administratif fédéral et le Tribunal fédéral.

Le Tribunal administratif fédéral, première instance de recours, examinera en particulier l'équité des décisions⁹³. Après qu'il aura statué, il sera encore possible de former un recours en matière de droit public au Tribunal fédéral, limité toutefois à l'examen de la légalité de la décision⁹⁴.

2.6 Chapitre 6 Dispositions finales

2.6.1 Section 1 Exécution

Art. 55 Dispositions d'exécution

Al. 2

Aussi bien le Conseil fédéral que l'AUFIN seront habilités à édicter des dispositions d'exécution des lois sur les marchés financiers. Toutefois, en vertu de l'al. 2, l'AUFIN ne disposera pas d'une compétence générale en la matière. Il s'agit plutôt d'autoriser le Conseil fédéral à lui sous-déléguer certaines compétences législatives. Il le fera par le biais de ses ordonnances, notamment en ce qui concerne les dispositions techniques de moindre portée. Ainsi, la hiérarchie des normes d'exécution sera respectée et les dispositions édictées par l'AUFIN s'inscriront dans la droite ligne de celles du Conseil fédéral.

⁹³ Art. 49 PA.

⁹⁴ Art. 82 ss LTF.

Art. 56 Exécution

L'art. 56 remplace les dispositions d'exécution prévues par les lois sur les marchés financiers⁹⁵. L'AUFIN prend les mesures et les décisions nécessaires à l'exécution de la LAUFIN, des lois sur les marchés financiers et de leurs dispositions d'exécution.

2.6.2 Section 3 Dispositions transitoires

Art. 58 Transfert des droits et obligations

En tant qu'établissement de droit public, l'AUFIN est dotée d'une personnalité juridique propre. Elle pourra donc s'engager juridiquement ainsi qu'agir ou être actionnée en son nom propre. Le Conseil fédéral fixe la date d'entrée en vigueur de la loi, coïncidant avec celle de la constitution formelle de l'AUFIN, ainsi que la date du transfert des actifs et des passifs. Il lui incombe aussi de dresser l'inventaire des droits, obligations et valeurs repris par l'AUFIN et d'approuver le bilan d'ouverture de cette dernière. Ces opérations se dérouleront simultanément et le transfert des actifs et des passifs aura lieu par succession universelle. La loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (loi sur la fusion, LFus; RS 221.301) ne s'applique pas. Les expériences acquises dans d'autres projets montrent que dans la phase de mise sur pied d'une entreprise, un besoin important de réglementation peut se faire sentir à court terme. Pour cette raison, la LAUFIN attribue au Conseil fédéral la compétence de prendre les mesures requises par le transfert et d'édicter les dispositions à ce sujet.

De plus, l'AUFIN reprend toutes les procédures de la CFB, de l'OFAP et de l'Autorité de contrôle LBA en cours au moment de l'entrée en vigueur de la loi. Elle l'annonce aux tribunaux compétents et aux parties concernées.

Art. 59 Transfert des rapports de travail

Al. 1

Avec le regroupement de la CFB, de l'OFAP et de l'Autorité de contrôle LBA au sein de l'AUFIN, les rapports de travail sont transférés, de par la loi, de l'ancien employeur, à savoir le Conseil fédéral (art. 3, al. 1, let. a, LPers), au nouvel employeur, en l'occurrence l'AUFIN. L'organe compétent de l'administration fédérale en matière d'emploi ne doit pas résilier les rapports de travail des employés de la CFB, de l'OFAP et de l'Autorité de contrôle LBA, pas plus que l'AUFIN, en tant que nouvel employeur, ne doit réengager ces collaborateurs. Les collaborateurs concernés ont néanmoins la possibilité de refuser le transfert de leurs rapports de travail, conformément à l'art. 333, al. 2, CO. Dans ce cas, les rapports de travail prennent fin à l'expiration du délai de congé légal, fixé d'après la loi sur le personnel de la Confédération. Une fois l'AUFIN constituée, les coûts ainsi occasionnés jusqu'au terme du délai de congé seront supportés par l'AUFIN (art. 58 LAUFIN).

⁹⁵ Art. 39, al. 1, LLG, art. 56 LFP, art. 23^{bis}, al. 1, LB, art. 35, al. 1, LBVM.

Al. 2

Les rapports de travail passent d'un régime de droit public à un régime de droit privé. Les collaborateurs recevront par conséquent un nouveau contrat de travail de droit privé assorti de nouvelles conditions d'engagement, qu'ils devront approuver (al. 1). En cas de poursuite des rapports de travail, ils auront droit au maintien de leur salaire antérieur pendant un an.

Le regroupement des trois autorités de surveillance s'accompagnera de la mise en place d'une nouvelle structure organisationnelle, si bien que les domaines de travail et les fonctions sont appelés à subir des modifications. Les personnes concernées ne pourront faire valoir aucune prétention fondée sur ces changements vis-à-vis de leur ancien employeur.

Al. 3

Il appartiendra au conseil d'administration ou à la direction de décider d'ouvrir des procédures de candidature dans certains cas. Elle interviendront généralement lorsque des fonctions existantes seront regroupées ou de nouvelles fonctions créées.

Al. 4

Toute restructuration entraîne son lot de gagnants et de perdants. Si, dans certains cas, il s'avérerait impossible d'aboutir à une situation satisfaisant les deux parties, l'AUFIN cherchera une solution socialement acceptable pour les personnes concernées.

Art. 60 Employeur compétent

Cette norme clarifie tant pour l'actuelle loi sur la CFP que pour la future loi relative à PUBLICA que l'AUFIN est l'employeur compétent pour tous les bénéficiaires actuels de rentes vieillesse, invalidité ou survivants des unités administratives concernées par le transfert et qu'elle reprend par conséquent toutes les obligations de l'employeur.

En tant qu'unité administrative décentralisée au sens du projet d'art. 32*b*, al. 2, LPers⁹⁶, l'AUFIN aura qualité d'employeur doté de sa propre prévoyance professionnelle. Selon le projet d'art. 32*d* LPers, elle disposera donc de sa propre caisse de prévoyance et, partant, de son propre contrat d'affiliation.

De plus, l'art. 32*f*, al. 1, P-LPers prévoit que lorsqu'une unité administrative acquiert la personnalité juridique (changement de statut), le nouvel employeur ainsi constitué est également compétent pour les bénéficiaires de rentes des unités administratives en question. Ces derniers sont donc transférés avec les assurés actifs auprès du nouvel employeur et de sa caisse de prévoyance. Les motifs constitutifs d'exceptions restrictives selon l'art. 32*f*, al. 2 ou 3, P-LPers ne sont pas réunis dans le cas présent.

Si la Caisse de prévoyance fermée prévue à l'art. 23 de la loi relative à PUBLICA existe déjà au moment du transfert, les bénéficiaires de rentes vieillesse et survivants des offices concernés affiliés à la caisse de pensions PUBLICA seront donc assignés au nouvel employeur, à savoir à l'AUFIN. Celle-ci prendra à sa charge les frais administratifs que ces bénéficiaires de rentes occasionnent ainsi qu'une éventuelle adaptation extraordinaire au renchérissement. Les autres bénéficiaires de rente

⁹⁶ FF 2005 5551

(rentiers AI et nouveaux rentiers) suivront les assurés actifs dans la caisse de prévoyance de l'AUFIN. Si la Caisse de prévoyance fermée n'existe pas au moment du transfert, tous les bénéficiaires de rentes (vieillesse, invalidité et survivants) seront affiliés à la caisse de prévoyance de l'AUFIN.

2.7 Modification du droit en vigueur

Dans de nombreuses lois, seules des modifications formelles sont nécessaires, puisque les autorités actuelles de surveillance, à savoir la CFB, l'OFAP et l'Autorité de contrôle LBA, sont remplacées par le terme «Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers».

2.7.1 Loi du 17 décembre 2004 sur la transparence

Art. 2, al. 2

La loi fédérale du 17 décembre 2004 sur la transparence dans l'administration (loi sur la transparence, LTrans; RS 152.3) renverse le principe du secret des activités administratives au profit de celui de la transparence, en accordant à toute personne le droit d'accéder aux documents de l'administration sans devoir justifier d'un intérêt particulier.

Toutefois, la loi sur la transparence ne s'applique pas à la CFB (art. 2, al. 2, LTrans). Par conséquent, l'AUFIN doit aussi être exclue du champ d'application de cette loi, car une grande partie des données qu'elle traite sont protégées par le secret d'affaires ou par le secret professionnel.

2.7.2 Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative

Art. 14, al. 1, let. e, et al. 2

Si les faits ne peuvent pas être suffisamment élucidés d'une autre façon, l'AUFIN pourra ordonner l'audition de témoins, tout comme les trois autorités de surveillance actuelles. Or, l'audition de témoins est réglée à l'art. 14 PA, qui dresse la liste des autorités habilitées à la requérir. Cette liste doit donc être complétée avec l'AUFIN.

2.7.3 Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral

Art. 83

Let. u

En matière d'OPA, le Tribunal administratif fédéral statue en troisième instance, après la COPA et l'AUFIN. Pour des raisons de rapidité de la procédure, les décisions qu'il a prises sur recours ne doivent pas pouvoir être attaquées devant le Tri-

bunal fédéral (par analogie avec les dispositions réglant l'assistance administrative internationale).

Let. v

Les décisions du Tribunal administratif fédéral au sujet des divergences d'opinions mentionnées à l'art. 36a LTAF ne peuvent pas non plus être attaquées devant le Tribunal fédéral (cf. commentaire de l'art. 41 LAUFIN).

2.7.4 Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral

Art. 33, let. b, ch. 2

La révocation d'un membre de la direction et la résiliation des rapports de travail du directeur peuvent, conformément à la réglementation qui a été élaborée pour la révocation du Conseil de banque et de la Direction générale de la BNS, faire l'objet d'un recours. L'objet du recours est la décision de révocation ou, dans le cas du directeur, la décision d'approbation relative à la résiliation des rapports de travail. Ces décisions doivent répondre à la définition de l'art. 5 PA.

Art. 36a

Le Tribunal administratif fédéral statue désormais aussi sur les divergences d'opinions entre autorités dans le cadre de l'entraide administrative et judiciaire si, comme mentionné plus haut, une loi lui attribue cette compétence (cf. art. 41 LAUFIN). En raison de la nature particulière des différends, des tiers ne peuvent ni prendre part à la procédure ni avoir qualité de partie.

2.7.5 Loi fédérale du 4 octobre 2002 sur le Tribunal pénal fédéral

Art. 26, let. b

En sa qualité d'instance judiciaire unique, le Tribunal pénal fédéral statue sur les infractions à la LAUFIN et aux lois sur les marchés financiers (cf. le commentaire de l'art. 50, al. 2, LAUFIN). La nécessité d'une procédure pénale rapide justifie le retrait de cette compétence aux tribunaux cantonaux. Le jugement du Tribunal pénal fédéral est susceptible de pourvoi en nullité au Tribunal fédéral.

2.7.6 Loi du 25 juin 1930 sur l'émission de lettres de gage

Modifications formelles

La loi sur l'émission de lettres de gage doit être adaptée à la terminologie de la LAUFIN.

Art. 5, ch. 3

Le ch. 3 est adapté à la suppression de l'avance sur titres effectuée par la BNS. Parallèlement, les possibilités de placement de la centrale d'émission de lettres de gage sont étendues, p.ex. aux obligations de débiteurs suisses qui sont négociées sur un marché représentatif.

Art. 32, al. 2

Le terme «Commission fédérale des banques» est remplacé par «Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (AUFIN)».

Sections III à VI

Actuellement, le secrétariat de la CFB contrôle directement la centrale d'émission de lettres de gage. Désormais, le système dualiste de surveillance se chargera de la surveillance de cette dernière en confiant l'audit des centrales d'émission de lettres de gage à des sociétés d'audit agréées.

Art. 38a

Comme la loi sur les banques, la loi sur l'émission de lettres de gage définit le contenu des audits. L'exécution de ces derniers auprès des centrales d'émission de lettres de gage par les sociétés d'audit n'implique aucune extension du volume de l'audit.

Art. 38b

L'audit du registre des gages et de la couverture des prêts auprès des membres ressort des sociétés d'audit mandatées par les assujettis. Celles-ci consignent les résultats de leur audit dans un rapport à l'intention des sociétés d'audit.

Art. 39

Eu égard à la nature particulière des lettres de gage, les sanctions administratives prévues par l'AUFIN ne s'appliquent pas dans ce secteur.

Art. 42 et 43

Etant donné la réorganisation de la révision, les art. 42 et 43 sont devenus obsolètes.

2.7.7 Loi du 28 juin 1967 sur le Contrôle des finances

Art. 8, al. 2

Par analogie avec les tribunaux fédéraux et conformément à la loi sur le Contrôle des finances, l'AUFIN est soumise à la surveillance financière du Contrôle fédéral des finances, mais uniquement en tant que cela concerne la haute surveillance par l'Assemblée fédérale. Etant donné que l'évaluation de l'activité de surveillance de l'AUFIN ne fait pas partie du domaine d'examen du Contrôle fédéral des finances, l'art. 8, al. 2, LCF doit être modifié en conséquence.

Modifications formelles

Le 23 septembre 2005, le Conseil fédéral a soumis aux Chambres fédérales un message relatif à la révision totale de la loi sur les fonds de placement. Il propose de remplacer cette loi par une loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux (loi sur les placements collectifs, LPCC). Si les Chambres fédérales adoptent cette nouvelle loi avant la LAUFIN, il s'agira de modifier les dispositions non pas de la loi sur les fonds de placement, mais de ladite nouvelle loi sur les placements collectifs. Les dispositions pénales de la loi fédérale sur les fonds de placement ont déjà été largement coordonnées avec les dispositions de la LAUFIN.

Du fait que l'organisation et les instruments de l'autorité de surveillance des marchés financiers sont réglés dans la LAUFIN, de nombreuses dispositions de la loi sur les fonds de placement peuvent être abrogées. Le seul instrument de surveillance spécifique à cette loi appelé à être maintenu est la nomination d'un gérant prévue à l'art. 60 LFP.

Art. 7, al. 1

Le terme «autorité de surveillance» est remplacé par «Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (AUFIN)».

Art. 52, al. 1 et 2

L'art. 52 oblige les assujettis à mandater une société d'audit aux fins de l'exécution d'audits annuels. L'actuel al. 2 est remplacé par l'art. 25, al. 2, LAUFIN.

Art. 53, al. 3 et 4

L'art. 53, al. 3, est remplacé par l'art. 27 LAUFIN (Rapports et mesures).

Art. 55, al. 1

L'art. 55, al. 1, fixe les obligations d'informer incombant aux banques dépositaires et aux sociétés immobilières faisant partie d'un fonds de placement vis-à-vis de la société d'audit mandatée par la direction du fonds. Quant à l'obligation d'informer de la direction du fonds elle-même vis-à-vis de la société d'audit, elle est réglée par les dispositions harmonisées de la LAUFIN (art. 25 LAUFIN).

Art. 57 Retrait de l'autorisation

L'art. 57 ne dispose plus que des effets du retrait de l'autorisation dans le domaine des fonds de placement. Il complète l'art. 37 LAUFIN.

Art. 59 Frais encourus par le chargé d'enquête

La nomination d'un chargé d'enquête est réglée à l'art. 36 LAUFIN. Seule la question des coûts fait l'objet d'une dérogation dans la loi sur les fonds de placement: la direction du fonds ne peut pas imputer au fonds de placement qu'elle gère les frais occasionnés par le chargé d'enquête.

2.7.9 Loi du 8 novembre 1934 sur les banques

Modifications formelles

Etant donné que l'organisation et les instruments de la surveillance des marchés financiers, de même que les relations entre l'autorité de surveillance et les tiers, sont réglés dans l'AUFIN, de nombreuses dispositions de la loi sur les banques peuvent être abrogées. Des adaptations d'ordre terminologique sont également nécessaires.

Art. 1, al. 4

Les termes «Commission fédérale des banques» et «Commission des banques» sont remplacés par «Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (AUFIN)».

Art. 2, al. 1 et 3

L'obligation de demander une autorisation pour les sièges et agences de banques étrangères qui exercent leur activité en Suisse est supprimée. Selon la pratique constante de la CFB, seule l'activité bancaire en Suisse requiert une autorisation. Les agences sont en outre surveillées par le biais des succursales approuvées de banques étrangères. En vue d'une déréglementation, cette obligation de demander une autorisation tombe.

Art. 3d, al. 2

Avec l'entrée en vigueur de la LAUFIN, la surveillance des groupes et des conglomerats financiers ne sera exercée plus que par une seule autorité. La disposition régissant la coordination institutionnelle doit donc être modifiée en conséquence.

Art. 3h

Le principe selon lequel les groupes financiers et les conglomerats financiers doivent se soumettre à un audit est désormais inscrit à l'art. 18 P-LB.

Art. 3^{bis}, al. 1, phrase introductive

La réglementation des exigences de réciprocité inscrite dans la loi sur les banques est adaptée à la réglementation plus souple de la loi sur les bourses. Une réciprocité contraignante ne constitue pas un avantage pour l'ouverture et la compétitivité de la place financière.

Art. 5

La disposition prévue par la loi sur les banques sur l'obligation de constituer des réserves est dépassée et diverge de la réglementation du code des obligations. Elle n'est d'aucune utilité pour les prescriptions sur les fonds propres, la répartition des risques et les liquidités et peut par conséquent être abrogée.

Chapitre VI (art. 11 à 14)

N'ayant plus de portée pratique, les art. 11 et 12 sont abrogés sans être remplacés, d'autant que les autres dispositions de protection de la loi sur les banques (dotation en fonds propres ainsi que prescriptions en matière de liquidités et de répartition des risques), jointes à celles du code des obligations et de la loi sur la fusion, garantissent une protection suffisante des créanciers. Les prescriptions relatives à la forme de l'art. 13 sont également abrogées: la procédure d'autorisation offre suffisamment de moyens de garantir que les banques en cours de constitution choisissent une forme de société appropriée.

Art. 18

En matière d'audit, la loi sur les banques ne réglera plus que l'obligation de procéder à des audits ainsi que le contenu de ces derniers. De plus, introduite dans les circulaires de la CFB relatives aux audits, la distinction entre audit des comptes annuels et audit prudentiel est reprise dans la loi sur les banques (al. 1). Enfin, conformément à la pratique adoptée par la CFB, l'obligation pour la société d'audit de se concerter avec l'organe de révision interne sera également inscrite dans la loi (al. 2).

Section 10 Surveillance

L'organisation et les instruments de la surveillance visés aux art. 23 ss LB sont désormais réglés dans la LAUFIN.

Art. 23

La compétence de l'AUFIN désormais inscrite à l'art. 23 correspond à la pratique incontestée de la CFB de procéder directement à des audits dans le cadre de sa surveillance des deux grandes banques et de l'enregistrement de modèles relatifs aux risques de marché. Le système dualiste de surveillance (cf. ch. 1.2.10) est cependant en principe maintenu. Dans certains cas, l'AUFIN peut clarifier elle-même des cas complexes au lieu de confier cette tâche à un chargé d'enquête au sens de l'art. 36 LAUFIN.

Art. 23^{bis}, al. 2

La révision extraordinaire selon l'art. 23^{bis}, al. 2, LB est remplacée par l'art. 36 LAUFIN (Chargé d'enquête). Si l'AUFIN venait à ordonner un audit extraordinaire, elle peut le confier à un chargé d'enquête.

Art. 23^{septies}

L'art. 43 LAUFIN prévoit des audits hors du pays d'origine pour tous les assujettis concernés et il en fixe les conditions, également de manière uniforme. Toutefois, la réserve en faveur des clients de la gestion de fortune reste inscrite dans la loi sur les banques et s'applique à titre complémentaire.

Art. 26, al. 1, let. b

Les mesures protectrices visant à prévenir l'insolvabilité d'une banque comprennent notamment la nomination d'un chargé d'enquête au sens de l'art. 36 LAUFIN.

Art. 38, al. 2

Vu que l'actuel al. 2 renvoie à des dispositions qui ont été abrogées lors de la modification du 3 octobre 2003 de la loi sur les banques, il est nécessaire de modifier le renvoi.

Art. 39, al. 2

La responsabilité des tiers auxquels fait appel l'AUFIN est réglée à l'art. 19 LAUFIN, raison pour laquelle l'art. 39, al. 2, peut être abrogé.

Art. 46

L'art. 46 énumère les violations les plus graves de la loi sur les banques, qu'il qualifie de délits. L'al. 1, let. c est repris tel quel de l'actuel art. 49, al. 1, let. a, LB et figure désormais dans cet article vu la gravité de l'infraction. La peine-menace est adaptée au nouveau cadre des sanctions:

Les dispositions suivantes sont en revanche abrogées:

- *al. 1, let. a et b*: ces dispositions sont reprises à l'art. 44 LAUFIN et la peine-menace adaptée au nouveau cadre des sanctions.
- *al. 1, let. c*: le Tribunal fédéral exige que les conditions mises à l'autorisation figurent dans le dispositif de la décision, ce qui nuit à sa lisibilité. Dès lors que le respect de ces conditions peut être obtenu par le biais de sanctions de droit administratif, cette disposition est abrogée. La sécurité du droit ne s'en trouve pas affectée.
- *al. 1, let. d*: cette disposition se trouve à l'art. 49, al. 1, let. e, P-LB.
- *al. 1, let. e*: la loi fédérale du 19 décembre 1996 sur la concurrence déloyale (LCD; RS 241) punit déjà la publicité fallacieuse, cette disposition pénale n'est donc plus nécessaire.
- *al. 1, let. f*: cette disposition pénale se trouve désormais à l'art. 46, al. 1, let. a, P-LB et la peine-menace est adaptée au nouveau cadre des sanctions.
- *al. 1, let. g*: cette disposition pénale est abrogée en raison de son manque de portée pratique.
- *al. 1, let. i*: cette disposition pénale est reprise à l'art. 45 LAUFIN et la peine-menace est adaptée au nouveau cadre des sanctions.

- *al. 1, let. k et l*: ces dispositions pénales sont reprises à l’art. 46 LAUFIN et la peine-menace est adaptée au nouveau cadre des sanctions.

Art. 47

La violation du secret d’affaires est maintenue telle quelle, et la sanction adaptée au nouveau cadre. Un délit commis intentionnellement est passible de l’emprisonnement jusqu’à trois ans ou de l’amende jusqu’à concurrence de 1 000 000 de francs, tandis que la négligence constitue une contravention passible de l’amende jusqu’à concurrence de 250 000 francs. La compétence pour poursuivre et juger ces infractions ressort comme par le passé aux cantons.

Art. 48

En raison de son manque de portée pratique, l’infraction concernant l’atteinte au crédit d’une banque ou d’une centrale d’émission de lettres de gage est abrogée.

Art. 49

Les états de fait réprimés par cet article constituent des contraventions.

Al. 1

Let. a

Cette disposition correspond à l’actuel art. 46, al. 1, let. d, LB et la peine-menace est adaptée au nouveau cadre des sanctions.

Let. b

Cette disposition correspond à l’actuel art. 49, al. 1, let. e, LB et la peine-menace est adaptée au nouveau cadre des sanctions.

Let. c

Il s’agit d’une nouvelle disposition pénale. Jusqu’ici, la publicité pour l’acceptation de dépôts d’épargne et de dépôts du public était interdite en vertu de l’art. 3 de l’ordonnance du 17 mai 1972 sur les banques et les caisses d’épargne (OB; RS 952.01), mais aucune sanction ne punissait une infraction à cette disposition. La lettre c comble cette lacune et punit cette infraction d’une amende.

2.7.10 Loi du 24 mars 1995 sur les bourses

Modifications matérielles

Etant donné que l’organisation et les instruments de la surveillance des marchés financiers, de même que les relations entre l’autorité de surveillance et les tiers, sont réglés dans la LAUFIN, de nombreuses dispositions de la loi sur les bourses peuvent être abrogées. Des adaptations d’ordre terminologique sont également nécessaires.

S’inscrivant dans le cadre de la réforme de la surveillance des marchés financiers, la réorganisation des autorités compétentes en matière d’OPA requiert une modification de la loi sur les bourses. Les dispositions légales régissant actuellement les OPA se trouvent à la section 5 de la loi sur les bourses (art. 22 à 33, art. 41, al. 1, let. b, et

al. 2, art. 42, art. 44, al. 1 et 2, et art. 52 à 54 LBVM) et dans les ordonnances et règlements⁹⁷ qui en dépendent.

Art. 3, al. 1

L'expression «autorité de surveillance» est remplacée par «Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (AUFIN)».

Art. 11a Contrats de nantissement

L'art. 11a corrige une erreur du législateur. Les dispositions de l'art. 17 LB portant sur l'engagement d'avoirs de la clientèle reçus en nantissement doivent aussi s'appliquer aux négociants en valeurs mobilières, afin de protéger leurs clients. A défaut, il en résulterait, entre les banques et les négociants, une inégalité de traitement que rien ne justifie⁹⁸.

Art. 17 Audit

En ce qui concerne l'obligation des négociants en valeurs mobilières de mandater une société d'audit ainsi que le contenu de l'audit, la loi sur les bourses renvoie intégralement aux dispositions de la loi sur les banques (art. 18 P-LB). Ce renvoi n'exclut toutefois pas de prévoir des différences entre les audits des banques et ceux des négociants dans les dispositions d'exécution, dans la mesure où ces différences sont objectivement justifiées. Une révision restreinte selon l'art. 727a nCO auprès des négociants en valeurs mobilières, des banques et des assurances est dans tous les cas inadmissible.

Cet article renvoie également à l'art. 23 LB, ce qui correspond à la pratique actuelle de la CFB en ce qui concerne les négociants en valeurs mobilières.

Art. 23

Al. 3

La première phrase est conservée, elle décrit la mission de la COPA, alors que la suite de l'alinéa est supprimée. Les tâches et les compétences de la COPA sont décrites plus en détail dans le nouvel art. 33a LBVM. L'essentiel de la révision consiste néanmoins en ceci: au lieu d'émettre des recommandations, la COPA pourra rendre des décisions. La loi fédérale sur la procédure administrative s'applique par conséquent à la procédure devant la COPA.

⁹⁷ Ordonnance sur les bourses, ordonnance de la CFB du 25 juin 1997 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (ordonnance de la CFB sur les bourses, OBVM-CFB; RS **954.193**), ordonnance de la Commission des OPA du 21 juillet 1997 sur les offres publiques d'acquisition (ordonnance sur les OPA, OOPA; RS **954.195.1**), règlement de la Commission fédérale des banques, règlement de la Commission des offres publiques d'acquisition du 21 juillet 1997 (règlement de la Commission des OPA, R-COPA; RS **954.195.2**).

⁹⁸ Cf. bulletin CFB 47, p. 101 ss.

Al. 4

Compte tenu de l'introduction de la compétence décisionnelle (art. 33a, al. 1 LBVM), l'actuel al. 4 – en vertu duquel, en cas de rejet ou d'inobservation de ses recommandations, la COPA doit informer la CFB, qui peut alors rendre une décision – est obsolète. Afin de renforcer la haute surveillance, le nouvel al. 4 dispose donc que la COPA doit faire rapport à l'AUFIN.

Art. 28, let. g

Cette nouvelle disposition prévoit que la COPA édictera des dispositions additionnelles sur sa procédure. L'art. 4 PA constitue en l'occurrence le cadre contraignant. La COPA peut prévoir des dispositions spéciales de nature surtout technique permettant une procédure rapide, afin de ne pas bloquer ou retarder de manière intolérable les procédures d'acquisition qui doivent régulièrement être traitées dans un laps de temps très bref. Ces dispositions seront assorties de précisions complétant le nouvel art. 33b, al. 5, LBVM (p.ex. type de notification de décisions, notifications par la publication sur Internet, octroi de délais très courts pour les prises de position des parties, langue de travail pour les procédures impliquant plusieurs parties, etc.).

Art. 32, al. 2, phrase introductive et al. 7

Les al. 2 et 7 donnent à la COPA des compétences d'instance décisionnelle, jusque là réservées à la CFB.

Art. 33a Tâches de la commission des OPA

Cet article règle les tâches de la COPA, en s'appuyant sur l'actuel art. 35, al. 1 et 2, LBVM et sur les art. 31, 34 et 38, al. 3, LAUFIN.

Al. 1

L'al. 1 donne désormais à la COPA la compétence de rendre les décisions nécessaires à l'application de la législation sur les OPA et de ses dispositions d'exécution. Parmi les prescriptions légales et réglementaires dont la COPA aura à surveiller le respect figurent les art. 22 ss LBVM et les art. 24 ss OBVM-CFB, l'ordonnance sur les OPA ainsi que, le cas échéant, les dispositions pertinentes du droit civil, en particulier du droit de la société anonyme. Comme elle le fait déjà avec ses recommandations (actuellement: art. 23, al. 3, LBVM), la COPA pourra publier ses décisions.

Al. 2

Cette nouvelle disposition règle plus en détail l'obligation de renseigner la COPA (actuellement 2^e phrase de l'art. 23, al. 3, LBVM). Le cercle des personnes tenues de renseigner ne doit pas être trop restreint. Sinon, la COPA ne peut pas assumer sa tâche, à savoir veiller au respect des dispositions applicables aux offres publiques d'acquisition. Quiconque est soumis à une obligation de déclarer en vertu de l'art. 31 LBVM ou peut avoir qualité de partie devant la COPA en vertu de l'art. 33b, al. 2 et 3, LBVM est par conséquent tenu de renseigner.

Al. 3

En vertu de l'art. 23, al. 3, LBVM, la COPA doit veiller au respect des dispositions applicables aux offres publiques d'acquisition. Elle doit réprimer les infractions de toute nature, non seulement dans le cas des offres en cours, mais par exemple aussi lorsque les obligations légales ne sont pas respectées. L'al. 3 définit son mandat, qui s'appuie sur l'actuel art. 35, al. 3, LBVM.

Al. 4

A l'instar de l'AUFIN, la COPA est tenue, lorsqu'elle a connaissance d'infractions déterminées, d'informer les autorités de poursuite pénale compétentes (art. 38, al. 3, LAUFIN).

Art. 33b Procédure devant la commission des OPA

Al. 1

Etant donné que la COPA peut désormais prendre des décisions selon l'art. 5 PA, les dispositions de la loi fédérale sur la procédure administrative s'appliquent à la procédure à suivre devant la commission. Sont réservées quelques exceptions tenant compte des particularités de la procédure d'OPA. Ces exceptions sont réglées aux al. 2 à 5.

Al. 2

Compte tenu des expériences faites dans la pratique, mais aussi, et surtout, pour des raisons de constitutionnalité, il est indispensable de clarifier dans la loi qui a qualité de partie à la procédure en matière d'OPA. Les al. 2 et 3 tiennent compte de cette nécessité et priment l'art. 6 PA. Les parties à la procédure d'acquisition sont d'abord l'offrant, les personnes agissant de concert avec ce dernier et la société visée.

Al. 3

Ce serait aller trop loin que d'accorder la qualité de partie et, par conséquent, le droit de recourir à chaque actionnaire, car la procédure s'en trouverait surchargée. Toutefois, il ne faut pas non plus restreindre excessivement les droits des parties. Il paraît judicieux de prévoir que seuls les actionnaires détenant au minimum 2 % des droits de vote exerçables ou non de la société visée pourront avoir qualité de partie à la procédure. Cette disposition est en harmonie avec l'art. 33 LBVM, en vertu duquel les participations inférieures à 2 % ne sont plus protégées après la conclusion de la procédure en matière d'OPA. Pour exercer son droit d'être partie à la procédure, l'actionnaire doit en faire la demande expresse.

Al. 4

Etant donné que les procédures en matière d'OPA doivent souvent se dérouler le plus rapidement possible, l'al. 4 précise que les dispositions légales concernant les fêtes (cf. art. 22a PA) ne leur sont pas applicables. Cela vaut également pour la procédure de recours devant l'AUFIN (cf. le renvoi du nouvel art. 33c, al. 3, P-LBVM), mais pas pour celle devant le Tribunal administratif fédéral.

Al. 5

Cette disposition, qui permet de simplifier les formalités, est également dictée par le caractère urgent des procédures en matière d'OPA.

Art. 33c Procédure de recours devant l'AUFIN

L'art. 33c fixe des règles particulières applicables aux recours formés devant l'AUFIN. Un délai de recours de cinq jours de bourse est notamment prévu. Le recours devant l'AUFIN a un effet suspensif en vertu de l'art. 55, al. 1, PA.

Art. 33d Procédure de recours devant le Tribunal administratif fédéral

Le délai de recours auprès du Tribunal administratif fédéral est de dix jours.

En dérogation à la nouvelle loi sur le Tribunal administratif fédéral⁹⁹, il est prévu que les recours en matière d'OPA n'auront pas d'effet suspensif. Cette disposition tient compte du facteur temps.

Art. 35 Obligation de renseigner

Cette disposition ne mentionne plus que les personnes dont l'obligation de renseigner l'AUFIN ne résulte pas directement de l'art. 29, al. 1, LAUFIN.

Art. 35a Interdiction de pratiquer

En ce qui concerne l'interdiction de pratiquer selon le présent article, il est renvoyé au commentaire de l'art. 33 LAUFIN.

Art. 38a Contrôles hors du pays d'origine

Les contrôles hors du pays d'origine (mais non l'assistance administrative, cf. ch. 1.2.12) sont régis par les nouvelles dispositions harmonisées de l'art. 43 de la LAUFIN. Celles-ci sont toutefois complétées, dans la loi sur les bourses comme dans la loi sur les banques, par une réserve en faveur des clients de la gestion de fortune.

Art. 40

Les dispositions pénales de l'art. 40, let. a (exploitation d'une bourse sans autorisation) et let. b (activité de négociant sans autorisation) sont abrogées, puisque dans le cadre de l'harmonisation, elles sont reprises à l'art. 44 LAUFIN.

Art. 41 Violation des obligations de déclarer

L'état de fait réprimé correspond à l'actuel art. 41. Au regard de la difficulté de prouver le dessein et dans un souci d'harmonisation, en vertu duquel les infractions au droit des marchés financiers sont punissables même si elles ont été commises par négligence, cette dernière est désormais également punissable. Pour des raisons de constitutionnalité, l'amende n'est plus calculée en fonction du prix des acquisitions et des ventes. Cette amende se monte au maximum à 2 000 000 de francs pour la commission intentionnelle et à 1 000 000 de francs en cas de négligence.

⁹⁹ Cf. art. 37 LTAF, en relation avec l'art. 55, al. 1, PA.

Art. 42 Violation des obligations de la société visée

La violation de ses obligations par la société visée continue à être qualifiée de contravention. Désormais, la négligence est également punissable. Dans le cadre de l'harmonisation des sanctions, l'amende maximale est augmentée à 500 000 francs en cas de commission intentionnelle et à 150 000 francs en cas de négligence.

Art. 42a Violation des obligations des négociants

Cette disposition prévoit deux nouveaux états de fait, qualifiés de contraventions et passibles de l'amende jusqu'à concurrence de 500 000 francs en cas de commission intentionnelle et de 150 000 francs en cas de commission par négligence.

La loi prévoyait une obligation de tenir un journal et de communiquer, sans pour autant réprimer pénalement la violation de cette obligation. Cette lacune de la loi sur les bourses est désormais comblée.

Art. 43 Violation du secret professionnel

La violation du secret professionnel est maintenue telle quelle et la peine adaptée au nouveau cadre des sanctions. Elle est ainsi passible de l'emprisonnement ou de l'amende jusqu'à concurrence de 1 000 000 de francs en cas de commission intentionnelle et de 250 000 francs en cas de négligence. Exception faite de quelques adaptations, l'al. 6 correspond à l'actuel art. 44, al. 3, LBVM et fixe, en dérogation à l'art. 50 LAUFIN, la compétence pour la poursuite et le jugement en cas de violation du secret professionnel. Comme par le passé, cette compétence incombe aux cantons.

2.7.11 Loi du 10 octobre 1997 sur le blanchiment d'argent

Modifications formelles

L'expression «autorités de surveillance» est remplacée par «Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (AUFIN) et Commission fédérale des maisons de jeu». Il s'agit ainsi d'indiquer qu'il n'y a plus que deux autorités de surveillance dans le domaine de la lutte contre le blanchiment d'argent. La désignation «AUFIN» se substitue en outre à «Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent», respectivement à «Autorité de contrôle».

Art. 2, al. 2, let. c

Actuellement, les intermédiaires d'assurance indépendants sont, s'ils exercent des activités de gestion de fortune relevant du blanchiment d'argent, soumis au contrôle en matière de blanchiment d'argent par l'Autorité de contrôle LBA (art. 2, al. 3, LBA), mais non à la surveillance de l'OFAP auquel incombe le contrôle du blanchiment d'argent auprès des entreprises d'assurance (art. 2, al. 2, let. c, LBA). Le ch. 8 de l'annexe de la loi sur la surveillance des assurances (projet soumis au référendum, FF 2004 6825) soumet les intermédiaires d'assurance à la surveillance et au contrôle en matière de blanchiment d'argent par l'OFAP.

En mentionnant les intermédiaires d'assurance à l'art. 2, al. 2, let. c, LBA, les Chambres fédérales entendaient lier la surveillance de ces intermédiaires et le contrôle en matière de blanchiment d'argent, afin d'éviter une double surveillance. L'Autorité de contrôle LBA et l'OFAP seront désormais regroupés au sein de la même autorité. Du fait de la LAUFIN, la question de la double surveillance ne se pose plus. Ainsi, une modification de la loi sur le blanchiment d'argent à travers la loi sur la surveillance des assurances n'exercerait que temporairement l'effet souhaité. Les travaux requis par un tel changement ne paraissent pas justifiés. Cela étant, le Conseil fédéral a renoncé à mettre en vigueur la modification de l'art. 2, al. 2, let. c, LBA.

Dans le cadre de l'AUFIN, une nouvelle modification de l'art. 2, al. 2, let. c, LBA est proposée, compte tenu du contexte découlant du regroupement des trois autorités.

Art. 13, al. 2

Le regroupement de la CFB et de l'Autorité de contrôle LBA au sein de l'AUFIN rend superflu l'art. 13, al. 2, LBA, qui avait été adopté avec la nouvelle loi sur la surveillance des assurances. Les intermédiaires financiers qui font partie d'un groupe bancaire seront soumis d'office à la surveillance d'une autorité de surveillance des marchés financiers, si bien qu'il n'est plus nécessaire de régler la surveillance des groupes sur le plan institutionnel.

Art. 16

L'obligation de communiquer selon l'art. 16, al. 2 et l'art. 21 est désormais synthétisée à l'art. 16, qui contient par ailleurs une simplification rédactionnelle. Elle ne subit ce faisant aucune modification de fond (cf. également l'obligation de communiquer des OAR selon l'art. 27, al. 5, P-LBA).

Par ailleurs, l'al. 2 de la disposition actuelle peut être abrogé étant donné que la LAUFIN règle en détail les mesures que peut prendre l'AUFIN. En ce qui concerne la Commission des maisons de jeu, les mesures en cas de violations de la loi sur le blanchiment d'argent sont régies par la loi fédérale du 18 décembre 1998 sur les jeux de hasard et les maisons de jeu (Loi sur les maisons de jeu, LMJ; RS 953.52).

Art. 17

L'art. 17 réglera, comme le fait aujourd'hui l'art. 16, les compétences et obligations des autorités de surveillance, de même que leur interaction avec les organismes d'autorégulation, pour ce qui a trait aux intermédiaires financiers visés à l'art. 2, al. 2, LBA (cf. message relatif à la loi sur le blanchiment d'argent, FF 1996 1095). Ce système demeure donc inchangé. Les actuelles différentes fonctions d'autorégulation pour les intermédiaires financiers selon l'art. 2, al. 2 et pour ceux selon l'art. 2, al. 3 sont maintenues.

Art. 18a Registre public

L'art. 23, al. 2, LAUFIN prévoit que l'AUFIN tient un registre public de tous les assujettis. Or, les intermédiaires financiers affiliés à un organisme d'autorégulation ne sont pas réputés assujettis au sens de la LAUFIN. C'est pourquoi, afin que le registre soit complet, l'art. 18a prévoit que les intermédiaires financiers en question

doivent aussi figurer au registre de l'AUFIN, qui rend en outre leurs données accessibles par procédure d'appel. Cette disposition complète l'art. 23 LAUFIN.

Art. 19a Audit

Al. 1

Le présent alinéa dispose en particulier que les intermédiaires financiers visés à l'art. 2, al. 3, LBA, soumis à la surveillance directe de l'AUFIN, sont tenus de se soumettre périodiquement à un audit effectué par une société d'audit agréée.

Al. 3

A la différence du système de rapport régi par l'art. 27 LAUFIN, toutes les lacunes constatées lors des audits des intermédiaires financiers directement soumis à l'AUFIN doivent être consignées dans le rapport d'audit. Cela s'applique également aux lacunes qui ont été comblées à l'invitation de la société d'audit. Compte tenu de la multitude de sociétés d'audit agréées, cette mesure est indispensable pour garantir l'égalité de traitement de tous les intermédiaires financiers.

Art. 19b Agrément des sociétés d'audit

L'art. 19b fixe des conditions spéciales à l'agrément des sociétés d'audit, en se fondant sur les art. 5 et 6 de la loi sur la surveillance de la révision. En effet, si l'on s'en tenait aux dispositions de la LAUFIN, la majorité des sociétés d'audit actuellement accréditées auprès de l'Autorité de contrôle LBA devraient être exclues de l'exécution des audits, car elles ne remplissent pas les conditions d'agrément définies à l'art. 26 LAUFIN, telle que leur propre surveillance par une autorité de surveillance de la révision. Or, étant donné que l'audit prévu par la loi sur le blanchiment d'argent n'exige que des connaissances restreintes, une telle exclusion ne se justifie pas. Par ailleurs, une part considérable du savoir-faire acquis jusqu'ici serait perdue. Enfin, des questions de coûts pèsent également dans la balance, de sorte qu'une réglementation différenciée s'impose dans ce domaine.

Art. 24, al. 2

Il s'agit-là d'une modification purement formelle. Les noms des entreprises et les intitulés des lois citées sont adaptés au statut juridique actuel de la Poste et des Chemins de fer fédéraux (CFF).

Art. 27 Echange d'informations et obligation de dénoncer

Al. 1

La réglementation actuelle de l'échange d'informations entre les organismes d'autorégulation (OAR) et les autorités de surveillance s'est révélée insuffisante à l'usage et elle doit être adaptée aux besoins pratiques. L'AUFIN pourra désormais transmettre aux OAR tous les renseignements et les documents dont ils ont besoin pour accomplir leur tâche. Il paraît en outre judicieux que l'échange d'informations prévu entre l'AUFIN et les OAR puisse aussi avoir lieu directement entre ces derniers, car le besoin de transmission de renseignements et de documents se fait sentir à ce niveau là également.

Al. 2

L'AUFIN doit être informée en permanence des décisions prises par les OAR ainsi que des procédures ouvertes par ces derniers, afin d'être à même, au besoin, d'agir en temps utile. Il est donc indispensable que les faits énumérés à l'al. 2, tel que l'ouverture de procédures de sanction susceptibles d'aboutir à une exclusion, lui soient signalés sans délai.

Al. 3

L'al. 3 correspond aux actuels al. 2 et 3, qui règlent l'établissement des rapports des OAR. Il précise simplement que le rapport doit contenir une liste des décisions de sanction rendues pendant la période sous examen.

Art. 28 Retrait de la reconnaissance

Le retrait de la reconnaissance est désormais inscrit à l'art. 37 LAUFIN. La disposition selon laquelle la reconnaissance d'un OAR ne peut lui être retirée sans qu'il y ait eu menace préalable de recourir à cette mesure est maintenue dans la loi sur le blanchiment d'argent en tant que réglementation spéciale complémentaire, de même que les précisions sur les suites du retrait de la reconnaissance.

Art. 36

L'exercice d'une activité sans autorisation est désormais réglée à l'art. 44 LAUFIN, raison pour laquelle cette disposition peut être abrogée.

Art. 37 Violation de l'obligation de communiquer

L'actuel art. 37 laisse ouverte la question de savoir si l'infraction devait être commise intentionnellement ou si elle pouvait l'être également par négligence. Il en est résulté une incertitude. La doctrine majoritaire estime que la négligence est également punissable¹⁰⁰. Afin de remédier à cette insécurité, et dans le cadre de l'harmonisation des dispositions pénales, le nouvel art. 37 réprime également la négligence et différencie le cadre de la peine en conséquence. Ainsi, l'infraction commise intentionnellement est punie de l'amende jusqu'à concurrence de 500 000 francs, tandis qu'en cas de négligence, elle est passible d'une amende jusqu'à concurrence de 150 000 francs.

¹⁰⁰ Thelesklaf Daniel, Wyss Ralph, Zollinger Dave, Geldwäschereigesetz, Zürich 2003, Art. 37, Rz. 8; de Capitani, Werner, Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Band II, Zürich 2002, Art. 37, Rz. 23.

2.7.12

Loi du 17 décembre 2004 sur la surveillance des assurances

Modifications formelles

La loi sur la surveillance des assurances adoptée récemment doit elle aussi subir des modifications d'ordre terminologique. De plus, reprises dans la LAUFIN dans le cadre du processus d'harmonisation législative, certaines de ses dispositions régissant les instruments de la surveillance et les sanctions peuvent être supprimées.

Art. 2, al. 3

Le terme «autorité de surveillance» est remplacé par «Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (AUFIN)».

Art. 6, al. 2

Du fait de la LAUFIN, une seule autorité exerce la surveillance des groupes et des conglomérats. Par conséquent, cette disposition relative à la coordination institutionnelle doit être adaptée.

Art. 22, al. 2 et 3

En vertu du principe énoncé à l'art. 55, al. 2, LAUFIN, l'AUFIN ne règle que les aspects techniques de la gestion des risques.

Art. 27, al. 1, 2^e phrase

Comme le terme «organe interne de révision» n'est pas remplacé par «société d'audit» à l'art. 27, al. 1, la teneur de cette disposition doit être reprise.

Art. 28 Société d'audit

Les entreprises d'assurance doivent aussi charger des sociétés d'audit agréées d'examiner leur gestion (art. 26 LAUFIN).

Art. 47 Droit de contrôle et obligation de renseigner en cas de délégation de fonctions

L'obligation de renseigner prévue à l'actuel art. 47 étant réglée dans la LAUFIN, l'art. 47, al. 2, ne porte plus que sur l'obligation de renseigner en cas de délégation de fonctions importantes par une entreprise d'assurance.

Art. 61 Retrait de l'agrément

L'art. 61 contient des dispositions complétant celles de l'art. 37 LAUFIN régissant le retrait de l'agrément, applicables aux entreprises d'assurance.

Art. 80 Echange d'informations en Suisse

Cet article doit être adapté étant donné que la Suisse ne compte plus d'autre autorité de surveillance des marchés financiers que l'AUFIN. Par ailleurs, des informations doivent pouvoir être échangées avec l'Office fédéral de la santé publique et avec l'Office fédéral des assurances sociales, au cas où ceux-ci en auraient besoin pour exécuter leur tâche.

Art. 86 Contraventions

La quotité de l'amende est adaptée au nouveau cadre des sanctions. De plus, deux dispositions pénales de l'al. 1 sont abrogées.

Let. g

Cette disposition pénale peut être abrogée purement et simplement, dès lors que les sanctions de droit administratif de la LAUFIN permettent de réprimer la violation des dispositions d'exécution. Si nécessaire, il est possible de rendre une décision assortie de la menace d'une sanction pénale au sens de l'art. 48 LAUFIN.

Let. h

Cette disposition se trouve désormais à l'art. 48 LAUFIN et peut donc être abrogée.

Art. 87 Délits

Al. 1

Diverses dispositions pénales de l'actuel al. 1 peuvent être abrogées:

- *let. a et c*: l'activité sans autorisation ou enregistrement est désormais réprimée à l'art. 44 LAUFIN, raison pour laquelle ces dispositions peuvent être abrogées.
- *let. d et e*: ces dispositions pénales sont, dans une large mesure, couvertes par les art. 45 et 46 LAUFIN et peuvent être abrogées.
- *let. g*: les sanctions de droit administratif de la LAUFIN permettent d'atteindre le but de cette disposition pénale, qui n'a de ce fait plus d'utilité.
- *let. i*: cette disposition est, dans une large mesure, couverte par les art. 45 et 46 LAUFIN et peut être abrogée.
- *let. k*: les sanctions de droit administratif de la LAUFIN sont plus appropriées pour réprimer ce délit, raison pour laquelle cette lettre peut être abrogée.
- *let. l*: la violation des obligations des sociétés d'audit est réprimée par l'art. 46 LAUFIN. Cette disposition pénale peut de ce fait être abrogée.

Les lettres b, f, h et j du droit actuel, qui n'ont pas été abrogées, deviennent les nouvelles lettres a, b, c et d. Concernant la compétence du DFF, il est renvoyé au commentaire de l'art. 50, al. 1, LAUFIN.

Al. 2

La peine-menace en cas de négligence est adaptée au nouveau cadre des sanctions.

La deuxième phrase de cette disposition, selon laquelle le Conseil fédéral désigne l'autorité de surveillance, est obsolète du fait de la LAUFIN.

3 Conséquences

3.1 Conséquences pour la Confédération

Le projet LAUFIN n'a, en l'état, aucune incidence sur les finances fédérales, dans la mesure où les trois autorités de surveillance des marchés financiers sont entièrement financées par la perception d'émoluments et de taxes de surveillance. De plus, ces autorités disposent déjà du personnel nécessaire à l'accomplissement de leur tâche. L'effectif de l'AUFIN sera donc à peu près équivalent à l'effectif total des trois autorités actuelles. Il est même susceptible d'être réduit dans les secteurs où des synergies pourront être exploitées (cf. à ce sujet les explications sous ch. 1.2.7).

La réorganisation des autorités compétentes en matière d'OPA n'a pas non plus de conséquences pour les finances fédérales, car ces autorités sont elles aussi intégralement financées par la perception d'émoluments. D'après la législation actuelle, l'essentiel du travail dans ce domaine incombe déjà à la COPA, tandis que l'autorité de surveillance n'en assume qu'une petite partie. La révision ne changera presque rien à cette situation. La COPA pourrait néanmoins être amenée à augmenter son effectif, mais de façon limitée.

En ce qui concerne les conséquences pour la Confédération, il n'est pas exclu que l'harmonisation et l'aggravation des sanctions pénales entraînent une intensification du travail d'enquête au sein du DFF. Le cas échéant, les besoins en personnel n'augmenteront toutefois que faiblement. Dans le cas du Ministère public de la Confédération et du Tribunal pénal fédéral, les besoins en ressources ne devraient pas augmenter.

Les coûts de l'organisation du projet (p.ex. ressources supplémentaires, conseil externe) devront être pris en charge par les autorités concernées.

3.2 Conséquences pour les cantons

A part quelques exceptions (p.ex. art. 47 LB), le jugement des infractions par un tribunal ressortira désormais au Tribunal pénal fédéral¹⁰¹, ce qui déchargera sensiblement les cantons en matière de procédures découlant du droit pénal des marchés financiers. Les cantons seront également déchargés de la poursuite des infractions selon l'art. 87 LSA. En revanche, les dispositions sur la jonction des procédures¹⁰², qui permettront au DFF d'ordonner la jonction des procédures par devant l'autorité de poursuite pénale déjà saisie de l'affaire, pourront se traduire par une légère augmentation de la charge de travail des autorités cantonales de poursuite pénale. Au final, il faut néanmoins s'attendre à un allègement pour les cantons.

¹⁰¹ Art. 50 LAUFIN.

¹⁰² Art. 51 LAUFIN.

3.3

Conséquences économiques

Dans l'ensemble, on peut partir du principe que le présent projet sera neutre sur le plan des coûts pour les assujettis. Les coûts directs (taxes et émoluments de surveillance) devraient dans une large mesure rester inchangés (cf. ch. 1.2.7). Par ailleurs, le présent projet ne devrait pas entraîner de coûts supplémentaires de mise en œuvre (coûts de la révision interne et externe) pour les assujettis, car il n'entraîne pas de nouvelles exigences vis-à-vis de ceux-ci. Dans le cas des petits assujettis (intermédiaires financiers au sens de l'art. 2, al. 3, LBA), l'actuel système d'autorégulation est maintenu.

En ce qui concerne les avantages de la surveillance intégrée des marchés financiers pour les acteurs financiers, il y a lieu de distinguer deux niveaux d'appréciation: sur le plan macroéconomique, les acteurs de ces marchés profiteront de l'intégration dans la mesure où l'AUFIN contribuera à la pleine réalisation des objectifs de la surveillance des marchés financiers. Dans tout le domaine des marchés financiers, la confiance dans la stabilité du système et dans les acteurs impliqués joue en effet un rôle fondamental; sur le plan microéconomique, l'AUFIN apportera plusieurs avantages à ces mêmes acteurs. Ils verront en particulier leurs coûts de transactions et d'information diminuer du fait qu'ils ne seront plus soumis, comme aujourd'hui, à plusieurs autorités, mais n'auront plus qu'une seule autorité de surveillance comme partenaire et interlocutrice («one stop shop»). Ce sera particulièrement important pour les conglomérats financiers.

Grâce à l'intégration des différentes autorités compétentes en une seule autorité, la surveillance des marchés financiers progressera sensiblement en Suisse. Cette avancée est de nature à renforcer la confiance des créanciers, des investisseurs et des assurés, ce qui se répercutera également sur la réputation de la place financière suisse. Le but est de préserver la confiance que suscite cette place financière, de même que sa renommée, et d'améliorer ses performances et sa compétitivité. Elle sera ainsi à même d'attirer les facteurs de production mobiles – force de travail qualifiée et capital – et d'augmenter son attrait.

Au plan international, un système intégré de surveillance des marchés financiers aura plus de poids, en raison de sa taille et de l'importance de sa mission. Ainsi, lorsqu'il s'agira de développer des normes internationales dans les enceintes ad hoc, la Suisse pourra faire valoir son point de vue avec davantage de force. Et si la nouvelle autorité de surveillance des marchés financiers parvient à influencer ce processus de normalisation à l'avantage de la place financière suisse, celle-ci devrait encore gagner en compétitivité. Par ailleurs, une surveillance efficace est une condition essentielle pour garantir aux prestataires suisses un accès aussi libre que possible aux marchés étrangers. Les assujettis domiciliés en Suisse ont donc tout intérêt à ce que la surveillance des marchés financiers y soit forte et crédible. A défaut, ils risquent de subir des contraintes plus sévères sur les marchés étrangers ou même de se voir barrer l'accès à ces marchés.

4

Lien avec le programme de la législature et le plan financier

Le projet est annoncé dans le programme de la législature 2004 à 2007 et dans le plan financier (FF 2004 1035, annexe 1, ch. 1.2).

5 Aspects juridiques

5.1 Constitutionnalité et conformité aux lois

Le projet repose sur les art. 95 et 98 de la Constitution fédérale (Cst.; RS 101), qui donnent à la Confédération la compétence de légiférer sur les banques, sur les bourses, sur les assurances privées et sur les services financiers dans d'autres domaines ainsi que sur l'exercice des activités économiques lucratives privées.

La délégation de la surveillance des marchés financiers est également conforme à la Constitution: en vertu de l'art. 178, al. 3, Cst. des tâches de l'administration, telles que celles incombant à l'AUFIN, peuvent, de par la loi, être confiées à des organismes et à des personnes de droit public ou de droit privé qui sont extérieurs à l'administration fédérale.

5.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

Le présent projet de loi est compatible avec les obligations internationales de la Suisse. Il ne concerne aucune obligation de la Suisse en sa qualité de membre d'organisations internationales ou découlant d'un traité international.

5.3 Frein aux dépenses

La LAUFIN n'est pas soumise au frein aux dépenses (art. 159, al. 3, let. b Cst), car elle ne prévoit ni subvention, ni crédit d'engagement, ni plafond de dépenses entraînant de nouvelles dépenses uniques de plus de 20 millions de francs ou de nouvelles dépenses périodiques de plus de 2 millions de francs.

5.4 Délégation de compétences législatives

Le projet contient les normes de délégation au Conseil fédéral ci-après:

- le Conseil fédéral règle les détails du financement de l'autorité (cf. le commentaire de l'art. 15, al. 4).
- en vertu de l'art. 58, al. 2, LAUFIN, le Conseil fédéral est habilité à prendre les mesures nécessaires pour le transfert (cf. le commentaire de l'art. 58, al. 2, LAUFIN).
- conformément à l'art. 22, al. 2, LSA, le Conseil fédéral édicte des dispositions sur le but, le contenu et la documentation de l'appréciation du risque.

En vertu de l'art. 13, al. 2, LAUFIN, l'AUFIN édicte une ordonnance fixant la rémunération, les prestations annexes et les autres conditions contractuelles. Cette ordonnance doit être soumise à l'approbation du Conseil fédéral. Par ailleurs, l'AUFIN réglera les détails du traitement des données (art. 23, al. 1, LAUFIN). Le projet contient enfin plusieurs sous-délégations à l'AUFIN pour des questions d'ordre technique (art. 55, al. 2, LAUFIN, art. 38a, al. 3, 2^e ph., P-LLG, art. 52,

al. 2, 2^e ph., P-LFP, art. 18, al. 3, 2^e ph., P-LB, art. 22, al. 3, et art. 28, al. 2, 2^e ph., P-LSR).

L'art. 28, let. g P-LBVM prévoit en outre que la COPA est habilitée à édicter des dispositions sur sa procédure (cf. commentaire de l'art. 28, let. g, P-LBVM).

Toutes les questions de délégation présentent un grand degré de détail. Elles doivent être réglées en fonction des conditions du marché et être modifiées sans nécessiter trop de travail lors de changements des conditions.